This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

**Usage guidelines**

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

**About Google Book Search**

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

**Über dieses Buch**

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

**Nutzungsrichtlinien**

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

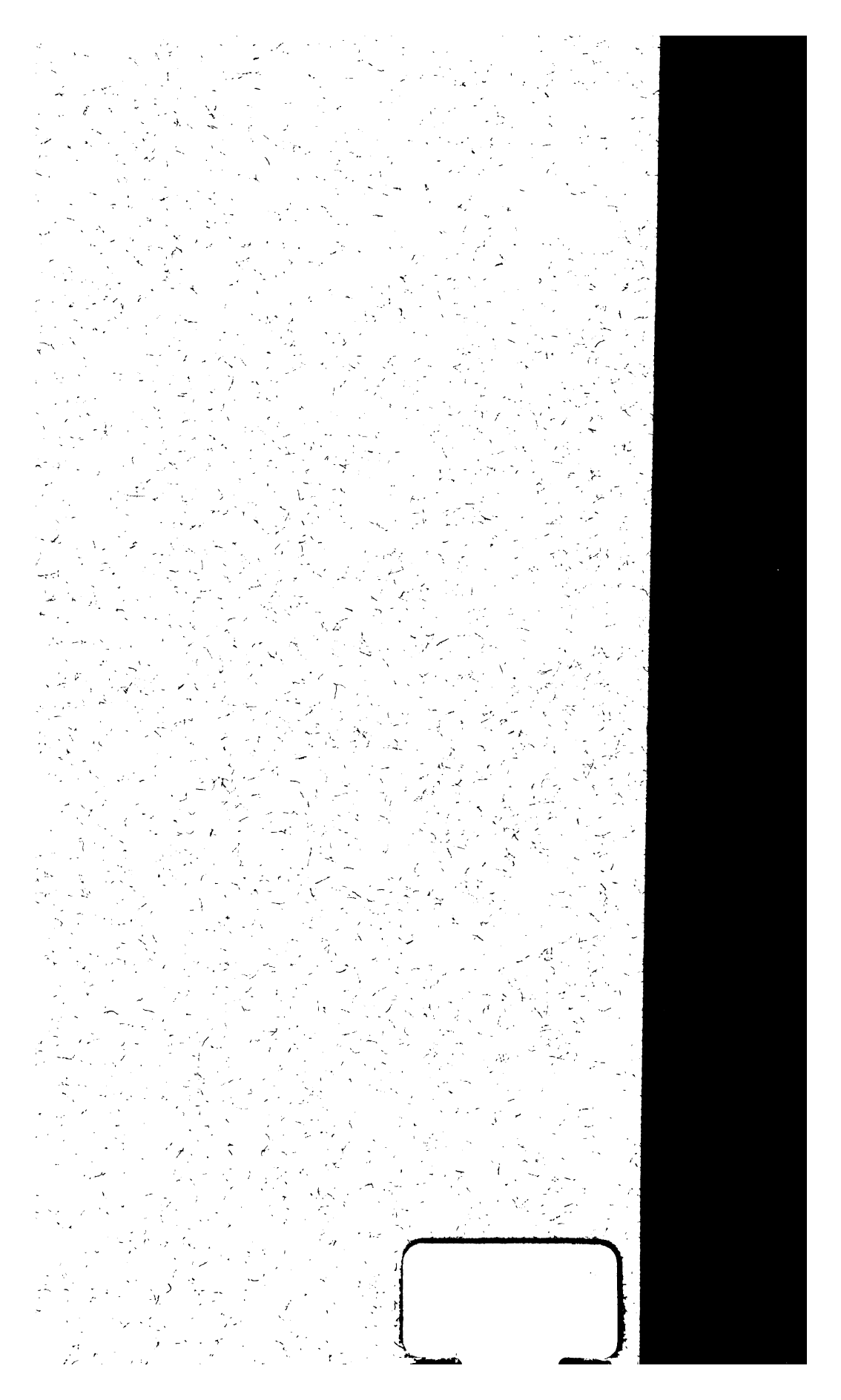
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

**Über Google Buchsuche**

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.



EY
LHR
LES

# Die Stellung

des

# römischen Erben.

---

Von

E. Hölder,

Professor in Leipzig.

Weimar

Hermann Böhlaus Nachfolger

1895.

Sonderabdruck
aus der
Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte.
XVI. Band, Romanistische Abtheilung.

WEIMAR. - HOF-BUCHDRUCKEREI.

# Die Stellung des römischen Erben.

I. Die Lehre von der Fortdauer der Persönlichkeit des Erblassers.
II. Die Universalsuccession und die Universalklagen des Erben.
III. Das Wesen des Erben.
IV. Der suus heres.

Die vorliegende, der specifischen Stellung des römischen Erben geltende Arbeit geht auf die Einzelheiten des Stoffes nicht mehr ein als es jener Zweck fordert; ebenso enthält sie sich näheren Eingehens auf die Litteratur der besprochenen Fragen, wovon nur für die im ersten Abschnitte behandelte Lehre wegen ihrer fundamentalen Bedeutung für unser Thema eine Ausnahme gemacht werden musste. Diese Lehre führt die Normirung der rechtlichen Folgen des Todes zurück auf die künstliche Behandlung des Verstorbenen als eines noch Lebenden, die der Verfasser hofft als eine dem römischen Rechte fremde erwiesen zu haben.

## I. Die Lehre von der Fortdauer der Persönlichkeit des Erblassers.

Der herkömmliche Satz, dass der römische Erbe die Persönlichkeit des Erblassers fortsetze, wird zwar von Manchen abgelehnt, aber von den Meisten weder streng festgehalten noch entschieden verworfen, sondern als ein wenngleich nicht schlechthin zutreffender, so doch nicht jeder Berechtigung ent-

behrender vorgetragen, ohne dass es unternommen würde, die Grenzen seiner Geltung festzustellen. So verstanden ist er eine regula (Paul. l. 1 D. de reg. iur. 50, 17), die der Stellung des Erben einen zusammenfassenden Ausdruck verleiht, aus der aber bestimmte Rechtsfolgen sich nicht ergeben, weil sie keine Auskunft ertheilt über das Gebiet ihrer Anwendung. Betrachtet man dagegen jenen Satz als einen Grundsatz des römischen Rechtes und die Stellung des römischen Erben als seine Consequenz, so ist er von solcher Bedeutung, dass wir seiner Prüfung uns um so weniger entschlagen dürfen, da ihn die römischen Juristen nicht aussprechen. Zwar hat man ihn enthalten gefunden in den Worten Javolens (l. 22 D. usuc. 41, 3)

> heres et hereditas tametsi duas appellationes recipiunt, unius tamen personae vice funguntur.

Wer aber einer Person vice fungitur, ist mit ihr nicht identisch, steht vielmehr nur in einer bestimmten Beziehung zu ihr. Ebenso sagt von der hereditas Florentin, dass sie personae defuncti, qui eam reliquit, vice fungitur (l. 116 § 3 D. leg. I). Er begründet damit, dass servo hereditario recte legatur, licet ea adita non sit. Mit einem Legate kann ein herrenloser Sclave nicht bedacht werden, und Florentin meint nichts Anderes, als dass der Erbschaftssclave nicht ein herrenloser ist, weil an die Stelle seines bisherigen Herrn bis zum Eintritte des Erben die Erbschaft tritt. Wenn in l. 22 D. fidei. 46, 3 derselbe Florentin ohne besondere Beziehung auf die Person des Erblassers von der Erbschaft sagt, dass sie personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas, so ist auch hier von der Erbschaft nicht gesagt, dass sie gleich einer Gemeinde u. s. w. eine Person sei, sondern dass sie gleich einer solchen die Stelle einer Person einnehme oder einer Person gleichstehe. Heisst es, dass sie ebenso wie eine Gemeinde oder sonstige juristische Person einer leibhaftigen Person gleichstehe, so ist damit nicht verneint, dass sie im Gegensatze zu jenen eine bestimmte Person oder die Person des Erblassers ersetzt, was vielmehr auch hier als Florentins Meinung sich aus dem Zusammenhange ergiebt; dient doch jener Satz zur Begründung dafür, dass der Gläubiger nach dem Tode des Schuldners einen Bürgen annehmen kann et

ante aditam hereditatem. Nach erfolgter Antretung der Erbschaft ist die Möglichkeit der Verbürgung selbstverständlich, weil der gestorbene Schuldner ersetzt ist durch seinen Erben; sie besteht aber auch schon vorher, weil auch schon die Erbschaft den Verstorbenen ersetzt, was sie nicht kann, ohne wie eine Gemeinde u. s. w. einer leibhaftigen Person gleichzustehen. Ueber den Umfang dieser Gleichstellung ist damit nichts gesagt, und wie eine Gemeinde einem Menschen privatrechtlich keineswegs schlechthin gleichsteht, so folgt auch aus jener Vergleichung der Erbschaft mit einer Gemeinde nicht ihre volle privatrechtliche Gleichstellung mit einer solchen. Nur dadurch, dass die Erbschaft personae vice fungitur oder einer Person gleichsteht, kann sie personae defuncti vice fungi oder die Person des Erblassers ersetzen. Es heisst nun aber auch von ihr, dass sie personam defuncti sustinet (Ulp. l. 34 D. adq. dom. 41, 2). Also, sagt man, ist ihre Persönlichkeit diejenige des Erblassers, und was von der Erbschaft gilt, das gilt auch vom Erben. Beide, tametsi duas appellationes recipiunt, unius tamen personae vice funguntur, also auch Beide defuncti personam sustinent. Dieser Schluss ist jedoch falsch. Dass gleich der Erbschaft auch der Erbe defuncti personam sustinet, sagen die Quellen nirgends; vielmehr sagt Ulpian in l. 34 cit. das Gegentheil, wenn er erklärt:

> hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet, ut multis argumentis iuris civilis comprobatum est.

Wäre auch der Erbe ein solcher, der defuncti personam sustinet, so könnte nicht gefragt werden, ob die Erbschaft heredis oder defuncti personam sustinet, da Beides zusammenfiele. Aber auch für die Erbschaft wird durch den Satz, dass sie personam defuncti sustinet, nicht ihre Identität mit dem Erblasser behauptet. Wäre doch sonst erst der Tag des Erbschaftsantrittes der juristische Todestag des Erblassers und der wieder von Florentin ausgesprochene Satz unverständlich, dass heres quandoque adeundo hereditatem iam tunc a morte successisse defuncto intellegitur (l. 54 D. adq. her. 29, 2). Die Persönlichkeit der Erbschaft ist mit der Persönlichkeit des Erblassers nicht identisch, aber sie ist durch seinen Tod entstanden als eine von der seinigen abgeleitete, und wie für die

rechtliche Stellung eines Menschen massgebend ist die rechtliche Stellung derjenigen, von deren Existenz die seinige abgeleitet ist, so ist für die rechtliche Stellung der Erbschaft massgebend diejenige des Erblassers und nicht diejenige des Erben. Dies ist es, was Ulpians Ausdruck feststellt und was festzustellen nicht überflüssig war angesichts des Umstandes, dass der Nachlass in einer bestimmten Beziehung nicht nur zum Erblasser als seinem bisherigen, sondern auch zum Erben als seinem zukünftigen Subjecte steht. Die Beziehung der Erbschaft zum Verstorbenen ist eine Causalbeziehung, ihre Beziehung zum Erben eine Zweckbeziehung. Die Erbschaft nimmt die Stelle des Verstorbenen, die endgiltig der Erbe einnehmen soll, ein bis zu dessen Eintritt und zum Zwecke seiner Ermöglichung; sie existirt also um des Erben willen. Daher sagt von ihr Pomponius (l. 24 D. nov. 46, 2), dass sie dessen personam interim sustinet. Mit Unrecht sieht man darin einen Widerspruch gegen jenen Ausspruch Ulpians; denn jene Wendung vom sustinere der persona eines Anderen ist so allgemein, dass ihre Bedeutung erst durch den Zusammenhang sich bestimmt. In Ulpians Sinn hat sie die Bedeutung der durch die rechtliche Stellung des Erblassers sich bestimmenden rechtlichen Stellung der Erbschaft. Im Sinne des Pomponius hat sie die Bedeutung, dass die vorläufige Ersetzung des Verstorbenen durch die Erbschaft seiner endgiltigen Ersetzung durch den Erben vorangeht als eine um dieser willen bestehende und mit ihrem Eintritte alle Bedeutung verlierende. Wenn Pomponius sagt, dass morte promissoris non extinguitur stipulatio, sed transit ad heredem, cuius personam interim hereditas sustinet, so ist der Versuch, den Relativsatz durch ein eingesetztes „eius“ auf die Person des Erblassers zu beziehen, nicht nur willkürlich und aus sprachlichen Gründen bedenklich, sondern auch sachlich verwerflich. Dass die Erbschaft die persona defuncti interim sustinet, liesse sich nur sagen, wenn auch der Erbe ein solcher wäre, der personam defuncti sustinet. Daran denkt aber Pomponius ebensowenig als irgend ein römischer Jurist; vielmehr ist ihm die Fortexistenz der obligatio des Verstorbenen dadurch gegeben, dass sie übergeht auf die vom Erblasser verschiedene Person des Erben. Ist es dessen persona, welche interim hereditas sustinet,

so ist damit gleich der Persönlichkeit des Erben auch diejenige der Erbschaft anerkannt als eine mit der Persönlichkeit des Erblassers nicht identische. Dass sie theils nach Ulpian des Verstorbenen, theils nach Pomponius des Erben personam sustinet, bedeutet nur ihren doppelten Zusammenhang mit der Person des Verstorbenen, durch dessen Tod sie entsteht, und des Erben, durch dessen Eintritt sie erlischt.

Seine eigentliche Wurzel hat der Satz von der Identität des Erben mit dem Beerbten nicht in einem Ausspruche der römischen Juristen, sondern erst in dem Worte Justinians (Nov. 48 pr.), dass

> *τοῖς ἡμετέροις δοκεῖ νόμοις ἓν πως εἶναι πρόσωπον τὸ τοῦ κληρονόμου καὶ τὸ τοῦ εἰς αὐτὸν παραπέμποντος τὸν κλῆρον.*

Ein Wort einer justinianischen Novelle ist aber ein Zeugniss von geringem Werthe für einen Satz, der das ursprüngliche Wesen des römischen Erben ausdrücken soll, während gerade Justinian den für dieses charakteristischen vollen Uebergang der Schulden auf den Erben aufgehoben hat. Zugleich ist es kaum denkbar, dass gerade Justinian, der dem Erben die volle Haftung für die Schulden des Verstorbenen abgenommen hat, seine Identität mit diesem im Sinne eines durchgreifenden Rechtsgrundsatzes angenommen hätte. Dass es vielmehr für ihn nur um ein annähernd zutreffendes Bild sich handelte, zeigt schon das beigefügte *πως* oder quodammodo. Dasselbe Bild gebraucht Justinian für das Verhältniss des Sohnes zum Vater in l. 11 C. de imp. subst. 6, 26, aber auch hier nicht ohne hervorzuheben, dass er nur eine annähernde Identität meint (cum et natura pater et filius eadem persona paene intelleguntur). Dass diese Worte nicht einen Rechtsgrundsatz aussprechen, sondern nur den engen Zusammenhang des Sohnes mit dem Vater ausdrücken sollen, zeigt die Bezeichnung jener Quasi-Identität als einer natura platzgreifenden. Hätte Justinian sie in dem Sinne verstanden, dass wegen der Subjection des Sohnes seine Persönlichkeit für das Recht nicht als eine eigene neben derjenigen des Vaters existire, so hätte er auch hier ein Princip formulirt, dem er selbst widersprochen hatte durch das von ihm den Hauskindern an den bona adventicia zuerkannte Eigenthum. In Justinians Mund verneinen jene

Wendungen um so weniger die rechtliche Verschiedenheit des Erben vom Erblasser und des Sohnes vom Vater, da dem damaligen Geschlechte durch die im Vordergrunde seiner Gedanken stehende Trinitätslehre nichts geläufiger war als die Vereinigung von Personenvielheit und Personeneinheit.

Während Justinian durch das beneficium inventarii die Universalsuccession des Erben beschränkt und dadurch seine Identität mit dem Verstorbenen praktisch verneint hat, so hat er in einem anderen Punkte im Gegensatze zum bisherigen Rechte eine von der Annahme jener Identität aus selbstverständliche Bestimmung getroffen, ohne sie doch anders als mit Zweckmässigkeitsrücksichten zu begründen. Er hat in l. 11 C. de contr. stip. 8, 37 die stipulatio post mortem zugelassen und ebenso in l. un. C. ut act. et ab her. 4, 11 bestimmt, ut liceat et ab heredibus et contra heredes incipere obligationes, und zwar, wie er in l. un. C. cit. sagt, pro communi hominum utilitate oder ne propter nimiam subtilitatem verborum latitudo voluntatis contrahentium impediatur. Es fällt ihm nicht ein, jene Bestimmung auf die Identität des Erben mit dem Verstorbenen zurückzuführen, und wie wenig er daran denkt, mit dieser Ernst zu machen, zeigt seine weitere Bestimmung über die Vererblichkeit einer auf facere gehenden Schuld. Diese trifft er in l. 13 C. de contr. stip.: illa subtili et supervacua scrupulositate explosa, per quam putabant non esse possibile factum ab alio compleri, quod alii impositum est. Seine Entscheidung beruht also keineswegs darauf, dass nach seiner Meinung der Erbe nicht ein anderer wäre als der Verstorbene. Nach v. Scheurl freilich (Beitr. zur Bearbtg. des R. R. 1853 III) wäre hier ein das römische Recht von Anfang an beherrschendes und in Ansehung seiner wichtigsten Rechtsfolge erst von Justinian verleugnetes Princip durch denselben Justinian zum ersten Male zur Geltung gelangt bezüglich einer nicht etwa entfernten und schwer erkennbaren, sondern geradezu handgreiflichen Consequenz. Die entgegengesetzten Entscheidungen der römischen Juristen erklärt v. Scheurl für richtig, „wenn man, und das thun sie eben hier, von der Identität der hereditas (und des heres) mit dem Verstorbenen absieht“ (S. 103). Wie konnten sie aber von einem sonst durch sie befolgten Grundsatze gerade in einem Falle absehen,

in welchem seine Anwendung so einfach war? Keinesfalls würde man dafür sich darauf berufen können, dass die Form der Stipulation es nicht erlaubt hätte, einem Anderen als sich selbst etwas auszubedingen, und dass daher die doch thatsächlich bestehende Verschiedenheit des Erben vom Erblasser es nicht gestattet habe, die Stipulation auf jenen zu stellen, während die Stipulation auf den eigenen Namen auch nicht für die Zeit nach dem Tode hätte geschehen können wegen der doch thatsächlich durch diesen erloschenen eigenen Persönlichkeit. Konnte doch ein Hausunterthan eine Stipulation sowohl auf seinen eigenen Namen als auf den Namen seines pater familias vollziehen, so dass ihrer Geltung weder die Verschiedenheit des Berechtigten von demjenigen, auf den sie lautete, noch die Verschiedenheit der sie vollziehenden und derjenigen Person entgegenstand, auf deren Namen sie vollzogen war.

Somit ist die Identität des Erben mit dem Verstorbenen vor Justinian nirgends ausgesprochen, ihre wichtigste Consequenz durch Justinian aufgehoben und eine ihrer einfachsten Consequenzen bis auf Justinian nicht gezogen worden, während dieser sonst so wortreiche Kaiser die entsprechende Bestimmung getroffen hat, ohne sie auf jene Identität zu gründen. Um so dringender erhebt sich die Frage, wie und mit welchem Rechte man dazu gekommen ist, in der Fortsetzung der Persönlichkeit des Verstorbenen durch den Erben den obersten Grundsatz des römischen Erbrechtes zu sehen. Da aber dieser Grundsatz ein von den römischen Juristen eigens ausgesprochener und zur Erklärung der einzelnen Bestimmungen des Erbrechtes verwertheter nicht ist, so ist seine Statuirung eine Hypothese, die widerlegt ist, wenn sich ergibt, dass ihre Consequenzen dem Inhalte des römischen Rechtes zuwiderlaufen, die dagegen erst dann positiv erwiesen wäre, wenn sich ergäbe, dass der Inhalt des römischen Rechtes nicht nur ihr nicht widerspricht, sondern auch sich nicht ohne sie verstehen lässt. Diese letzte Bedingung ist aber endgiltiger Erfüllung unfähig; denn jede Erklärung, deren Richtigkeit nur bezeugt ist durch die Unmöglichkeit einer anderen, erweist sich als problematisch, sobald die Möglichkeit einer anderen sich ergibt, die nie dadurch ausgeschlossen ist, dass sie zur Zeit sich nicht absehen lässt.

Schon die Glosse hat zu Nov. 48 pr. die Bemerkung: nota unam fingi personam testatoris et heredis, und theils diese, theils ähnliche Worte, die durchweg auf Justinians una quodammodo persona zurückgehen, begegnen uns ebenso im Munde der deutschen Juristen, und zwar in der Weise, dass hier wie in anderen Punkten die alte Tradition innerhalb der historischen Rechtsschule sich in gleicher Art fortpflanzte wie vorher. Der Satz ist nicht gemeint als Grund der Universalsuccession des Erben, sondern als Ausdruck des Ergebnisses, dass, soweit sie reicht, die Verschiedenheit des Erben vom Verstorbenen bedeutungslos ist. Dabei findet sich keinerlei Andeutung davon, dass der Erbe Subject der ererbten Rechtsverhältnisse nicht ebenso unmittelbar in eigener Person wäre, wie er Subject seiner sonstigen Rechtsverhältnisse ist. So finden wir in den zwei Werken, die mit am charakteristischsten den von der entstehenden historischen Schule vorgefundenen und bekämpften Stand der deutschen Jurisprudenz vertreten, in Höpfners Institutionencommentar und Glücks Erläuterung der Pandekten, folgende Aussprüche. Höpfner (§ 482. 2. Aufl. 1787. S. 378) sagt: „Aus diesem Grunde, weil der Erbe alle Rechte des Verstorbenen erhält: so wird er auch als Eine Person mit dem Verstorbenen angesehen (heres et defunctus habentur pro una persona)". Aufs Deutlichste tritt uns hier die Personenidentität entgegen als zugespitzter Ausdruck für die Identität der bisher vom Verstorbenen und nun vom Erben bekleideten rechtlichen Stellung. Auf jenen Satz folgt sofort der weitere: „Nur ganz persönliche Rechte und Verbindlichkeiten gehen nicht auf den Erben über. Es gibt nämlich Rechte, die dergestalt auf die Person eines Menschen eingeschränkt sind, dass sie sich schlechterdings davon nicht trennen und auf einen anderen transferiren lassen." Indem Höpfner darin keinen Widerspruch gegen die unmittelbar vorher angenommene Identität des Erben mit dem Verstorbenen sieht, betrachtet er sie offensichtlich als eine durch die Universalsuccession des Erben begründete, die nicht weiter als diese reicht. Ebenso sagt Glück (VI. 1800. S. 540), „dass der Erbe . . . ein successor universalis wird, der nun mit dem Erblasser für eine Person anzusehen ist"; sowie (S. 556): er sei „als ein iuris successor und daher rückwärts mit dem

Erblasser für eine Person anzusehen, der die Handlungen desselben als die seinigen gelten lassen und seine Verbindlichkeiten, insofern sie nicht ganz persönlich sind, erfüllen muss." Auch hier tritt uns die angenommene Identität klar entgegen als eine durch die Erbfolge begründete, die zugleich nicht bedeutet, dass dem Erben die Verbindlichkeiten des Verstorbenen nicht vermöge seiner eigenen Persönlichkeit, sondern vermöge der auf ihn übergegangenen Persönlichkeit des Verstorbenen oblägen. In demselben Sinne finden wir bei Glücks und Höpfners Gegner Hugo (Lehrb. des heut. R. R. 7. Ausg. 1826. S. 155) den Satz: „Die Erben sind mit dem Erblasser für Eine Person anzusehen." Auch für eine Mehrheit von Erben wird jene Identität unbefangen ausgesprochen, da damit nicht mehr gemeint ist als die im Falle mehrerer Erben für jeden pro parte hereditaria platzgreifende Succession in die Rechte und Pflichten des Verstorbenen.

Unter den Juristen unseres Jahrhunderts sagt Mühlenbruch (Lb. des Pand.-R. 3. Aufl. § 706) vom Erben: „In vermögensrechtlicher Beziehung setzt er die Persönlichkeit des Verstorbenen fort." Zugleich aber erklärt er: „Der Universalsuccession liegt das Princip zu Grunde, dass die Persönlichkeit dessen, welchem succedirt wird, aufgehört habe" (§ 609). Und wie für Mühlenbruch diese zwei Sätze miteinander nicht in Widerspruch, sondern in engem Zusammenhange stehen, so erklärt auch noch Savigny (Syst. I, 384), dass „die Erben mit dem Verstorbenen Eine Person ausmachen, also denselben fortsetzen oder repräsentiren", verbindet aber damit den Satz, vermöge des Erbrechtes erscheine „das Vermögen als das Bleibende und Wesentliche, zu welchem sich die einzelnen Inhaber nur als vorübergehende wechselnde Beherrscher verhalten" (S. 385).

Als Savigny so schrieb (1840), hatte längst Puchta eine andere Auffassung entwickelt, welche in der Fortdauer der Persönlichkeit des Verstorbenen die Grundlage der Erbfolge sah. Im dritten Jahrgange des rheinischen Museums für Jurisprudenz hatte er (1829) eine Abhandlung veröffentlicht unter dem Titel: „Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz? Beantwortet durch eine Classification der Rechte überhaupt". Als Objecte der Rechte unterschied er hier Sachen, Handlungen

und Personen, unter diesen aber wieder „a) Personen ausser uns, b) Personen, welche ausser uns existirt haben, aber in uns übergegangen sind, c) unsere eigene Person“ (S. 299 f.). Fragen wir, wie eine andere Person in mich übergehen könne, so lautet die Antwort: „Eine Person kann natürlich nur als juristische in uns übergehen. Die Veranlassung einer solchen juristischen Person ist das Vermögen, welches sie als natürliche gehabt hat. Vermögen . . . setzt immer eine Person voraus, der es zusteht . . . Wenn daher die natürliche Person zu einem bestimmten Vermögen aufhört, und dennoch noch ihr Vermögen als vorhanden gedacht werden soll, so muss die Fortdauer jener als juristischer in dem Vermögen angenommen werden . . . . und daher ist namentlich das Erbrecht, wornach das fremde Vermögen uns unterworfen ist, ein Recht an der mit dem Vermögen in uns übergegangenen (juristischen) Person.“

Die von Puchta hier entwickelte und in seinen späteren Werken festgehaltene Auffassung ist nicht eine Fortbildung der hergebrachten Lehre von der Identität des Erben mit dem Beerbten. Wurde doch diese darauf gegründet, dass der Erbe die Rechte und Schulden des Verstorbenen als die seinigen habe und die Handlungen des Verstorbenen als die seinigen gelten lassen müsse, so dass die Erbfolge die Verschiedenheit beider Personen aufhebe. Gerade umgekehrt lehrte Puchta, dass eine solche Aufhebung ihrer Verschiedenheit nicht eintrete, und ist nach ihm „die Voraussetzung, dass die beiden Vermögen durch die Erwerbung der Erbschaft Eines würden, rein erdichtet“ (S. 304).

Dass trotz Puchtas Ausführungen Savigny an der alten Lehre festhielt, haben wir gesehen. Dass sie nicht etwa ihm entgangen sind, was zumal bei einem speciell der Natur des Besitzes gewidmeten Aufsatze ohnedies kaum glaublich wäre, zeigt ihre Erwähnung in einem Zusatze Savignys zur 6. Aufl. seines Rechtes des Besitzes § 6 (S. 61 ff. der von Rudorff besorgten 7. Aufl.). Stellung hat er aber dazu nicht genommen, indem er nur erwähnt, dass die Besonderheit von Puchtas Auffassung „die Anlage des Rechtssystems im Ganzen“ betreffe, und auf die verschiedenen Meinungen der Neueren über diese einzugehen, lehnt er auch im Syst. des heut. R. R. (§ 59) ab.

Ebensowenig als Savigny war auf Puchtas Theorie Huschke eingegangen, der im 6. Bande des rheinischen Museums für Jurisprudenz (1834) es unternommen hatte, die Unmöglichkeit einer neben testamentarischer platzgreifenden Intestaterbfolge aus dem innersten Wesen des römischen Erbrechtes abzuleiten. Zwar erklärt er, dass die Erbschaft „gleichsam die Person des Verstorbenen in sich enthält" und fügt hinzu: „in der That führt uns dieses auf die Höhe dieses Begriffs" (S. 273). Das specifische Wesen der Erbschaft findet er aber darin, „dass sie die vermögensrechtliche Person von der wirklichen getrennt darstellt und als solche eine Sache bildet" (S. 275), und nach erfolgter Antretung der Erbschaft durch den Erben ist ihm jene „ebenso unauflöslich mit seiner Person verbunden, wie es beim Erblasser der Fall war; sie bildet eine ununterscheidbare Einheit mit seiner eigenen vermögensrechtlichen familia und kann nur als solche bei seinem Tode wieder auf einen Anderen übergehen" (S. 277).

Erst Puchtas Schüler Ihering und v. Scheurl haben zu seiner Theorie ausdrücklich Stellung genommen. Iherings (Abh. aus dem R. R. 1843) von ihm später aufgegebene Meinung geht dahin, dass das Vermögen des Erblassers mit dessen Tode seinen Charakter ändere und „ein Object" von eigener Art werde, das „in der That nichts ist als die juristische Persönlichkeit eines Verstorbenen" (S. 155). Diese Persönlichkeit sei als „substantiirte" zu unterscheiden von der durch den Tod erloschenen „actuellen", deren „Niederschlag" sie sei (S. 228). „Wenn sie nun auf den Erben übergeht, so nimmt sie ihre Stellung wieder ein, die sie beim Erblasser hatte, nämlich ihre Abhängigkeit von der actuellen Persönlichkeit" (S. 229). „Mit der Antretung der Erbschaft nimmt der Erbe die Persönlichkeit des Erblassers in sich auf und in demselben Augenblicke ist er damit das Subject aller Rechtsverhältnisse geworden; jetzt kann man immerhin die Persönlichkeit des Erblassers für untergegangen erklären, ohne dass man deswegen den Vorwurf zu fürchten brauchte, man habe dadurch das Erbrecht seines Gegenstandes beraubt" (S. 241 f.). Nicht nur denkbar sei aber jener Untergang, sondern auch nothwendig, „weil niemand zwei Vermögen oder Persönlichkeiten haben kann" (S. 243). Puchtas Auffassung verwerfend, trifft Ihering mit

Huschke (den er nicht erwähnt) im Ergebnisse zusammen, das er aber im Gegensatze zu jenem ausschliesslich aus Gründen der juristischen Construction annimmt.

Für Puchtas Auffassung trat v. Scheurl in seinen Beiträgen zur Bearbeitung des R. R. (1853) ein. Der Erbe ist nach ihm berufen „die Person des Erblassers in sich aufzunehmen" und „die Erbschaft als solche gehört ihm fortwährend nur, weil die Person des Erblassers so zu sagen die seinige geworden ist" (S. 3). Der dafür entscheidende Grund ist ihm der Begriff des Vermögens. „Es existirt nur durch eine Person, welche das Subject desselben ist. Und darum eben lässt sich der Eintritt des Erben in dieses Verhältniss des Erblassers juristisch nur durch Vermittelung des Gedankens begreifen, dass durch den Erbschaftsantritt die Person des Erblassers selbst als eine in der Erbschaft fortdauernde in das Rechtsgebiet des Erben eintritt" (S. 35). Zugleich lässt aber v. Scheurl alle Bestandtheile der Erbschaft „wirklich eigene selbständige Rechte des Erben werden" (S. 37) und lässt den Erben nicht des Verstorbenen „vermögensrechtliche Persönlichkeit neben seiner eigenen in sich tragen" (S. 42); vielmehr hat er sie „als eine der seinigen unterworfene" und ebenso das Vermögen des Verstorbenen als „Bestandtheil seines eigenen Vermögens", so dass er doch „nur eine Persönlichkeit" und „nach wie vor nur ein Vermögen" hat. So v. Scheurl. Nach seinen eigenen Ausführungen ist aber seine Abweichung von Huschke und Ihering eine unberechtigte. Vereinigt der Erbe mit seiner Persönlichkeit und seinem Vermögen die Persönlichkeit und das Vermögen des Verstorbenen in dem Sinne, dass dessen Persönlichkeit der seinigen unterworfen und dessen Vermögen dem seinigen einverleibt ist, so hat dadurch die Persönlichkeit und das Vermögen des Verstorbenen aufgehört als eine eigene Persönlichkeit und ein eigenes Vermögen zu existiren; ist das Kind dem Vater als eine neben ihm existirende Person unterworfen, so existirt im Gegensatze dazu nach v. Scheurls eigener Angabe die Persönlichkeit des Verstorbenen nur noch durch die seinen Tod überdauernde Existenz seines Vermögens, so dass dessen Eigenschaft als eines einem fremden Vermögen einverleibten jede Fortdauer der Persönlichkeit seines bisherigen Subjectes als einer von der Persönlichkeit seines nunmehrigen Subjectes verschiedenen ausschliesst.

Aus ganz anderen Gründen wurde 1861 die Fortsetzung der Persönlichkeit des Verstorbenen durch den Erben statuirt von Ferdinand Lassalle (Syst. der erworbenen Rechte. Zweiter Theil). Er geht aus vom Testamente, durch welches „die Unendlichkeit des Subjects dem römischen Geiste aufgegangen" sei, indem „nur dadurch" der subjective Wille trotz der Sterblichkeit der Person „sich wahrhaft als unendlich setzen" könne, „dass er die Gewalt hat, aus seiner freien Innerlichkeit heraus eine andere Person zu seinem Fortsetzer und Träger zu ernennen und so eine andere Willensperson zum fortlaufenden Dasein seiner selbst zu machen" (S. 25). Die logische Consequenz dieses Satzes wäre, dass in der Ernennung eines Fortsetzers der eigenen Persönlichkeit der letzte Wille sich erschöpfen müsste. Lassalles Behandlung ist eine aprioristische und die Quellen vielfach vergewaltigende; zugleich aber macht er manche gute Beobachtung. So hat er mit Recht darauf aufmerksam gemacht, dass die Gesetzgebung über die Beschränkungen der Legate auf eine Neigung der Römer hinweist, solche im Uebermass zu hinterlassen und dadurch die Erben übermässig zu belasten. Spricht aber dieser Umstand dafür, dass der Testator im Erben den Fortsetzer seiner eigenen Persönlichkeit sah? Bethätigt sich nicht vielmehr sowohl durch das Vindications- als durch das Damnationslegat der Wille des Testators als ein vom Willen des Erben verschiedener, indem er dort Nachlassbestandtheile mit der Wirkung vergibt, dass sie in das Eigenthum des Erben überhaupt nicht übergehen, und hier eine damnatio des Erben vollzieht? Indem kein rechtsgiltiger letzter Wille möglich ist ohne Erbfolge, so verdankt allerdings der Testator dem Erben die Geltung seines letzten Willens, der jedoch nicht als Wille des Erben, sondern als ein von dessen Willen verschiedener, vielleicht den Erben verpflichtender oder ihm etwas entziehender, vielleicht aber auch (wie im Falle der tutoris datio und der pupillaris substitutio für ein enterbtes Kind) den Erben überhaupt nicht berührender zu Recht besteht. Dass im römischen Erbrechte neben dem Zusammenhange des Erben mit dem Verstorbenen der Gegensatz ihrer Interessen eine grosse Rolle spielt, hat gerade Lassalle treffend ausgeführt, und wenn er trotzdem im Erben den Fortsetzer der Persönlichkeit des Verstorbenen sieht,

so thut er dies im Sinne der Hegel'schen Methode, in welchem mit der Identität beider ihre Verschiedenheit sich verbindet und die Geschichte des römischen Erbrechtes nichts Anderes ist als die fortlaufende Ueberwindung, aber auch das stets erneute Hervorbrechen dieses Gegensatzes. Dass gleich Hegels ganzer Methode ihre durch Lassalle vollzogene Anwendung auf das römische Erbrecht für uns keine Geltung hat, bedarf nicht der Bemerkung. Unrichtig ist aber, wie hervorgehoben zu werden verdient, auch Lassalles historischer Ausgangspunkt, dass im römischen Rechte die Geltung des Willens über den Tod seines Subjectes hinaus ihren Gipfel erreicht habe. Durch die dem classischen Rechte fremde Gründung für sich existirender Stiftungen und durch die Anordnung einer successio ex pacto ac providentia maiorum kann heut zu Tage der subjective Wille zu ganz anderer Geltung für die fernste Zukunft gelangen als durch die Ernennung von Erben, deren freies Vermögen die Erbschaft wird.

Lassalles Ausführungen vermochten nicht der Theorie von der Fortsetzung der Persönlichkeit des Verstorbenen durch den Erben zu erhöhter Geltung zu verhelfen; mehr und mehr wurde sie vielmehr angegriffen, so dass 1886 Brinz (Pand. 2. Aufl. III, S. 3, Anm. 2) sie als „überwunden" bezeichnen konnte. Kurz zuvor aber (1884) hatte Sohm den Satz, dass der Erbe die Persönlichkeit des Verstorbenen fortsetze, wieder aufs Nachdrücklichste für das Fundament des römischen Erbrechtes erklärt, und die betreffenden Ausführungen der ersten Auflage seiner Institutionen kehren in den späteren unverändert wieder. Er erklärt es als charakteristisch für das römische Recht, dass für die Schulden des Verstorbenen der Erbe haftet, wie wenn sie von ihm selber contrahirt wären oder „noch deutlicher: er haftet gerade so, als ob er der Erblasser selbst wäre". Hierdurch findet er das Wesen der römischen Erbfolge ausgedrückt als einer Nachfolge in die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers, vermöge welcher der Erbe als solcher „vielmehr der Erblasser" sei. Ausdrücklich betont Sohm, dass die Erbfolge die Schulden übertrage „mit der Wirkung, dass sie eigne Schulden des Erben werden", dass überhaupt „das Vermögen des Erblassers" vom Eintritte der Erbfolge an „Vermögen des Erben" sei (§ 101).

Wenn aber in der That die ererbten Rechte und Schulden in gleicher Weise eigene Rechte und Schulden des Erben sind wie die aus irgend einem anderen Grunde ihm zustehenden und obliegenden, ist er darum als ihr Subject nicht dieselbe Person, die er als Subject seiner sonstigen Rechte und Schulden ist, sondern „vielmehr der Erblasser"? Was Sohm als den entscheidenden Grund für die Fortsetzung der Persönlichkeit des Verstorbenen durch den Erben betont, das hatte Puchta für etwas erklärt, das, wenn es zuträfe, die Fortdauer der Persönlichkeit des Verstorbenen ausschlösse. So statuirt Sohm dasselbe Princip wie Puchta, leitet aber entgegengesetzte Consequenzen aus ihm ab.

Die neueste Aeusserung über das Princip der römischen Erbfolge ist diejenige Karlowas (R. Rechtsgesch. II, 1893). Gleich Huschke lehrt er: „die Einheit der sächlichen familia des Erblassers wird durch den Tod desselben nicht aufgehoben" (S. 842). Daran reiht er den weiteren Satz: „mit dem Tode des pater familias stirbt nicht dessen ganze Persönlichkeit", wozu er beifügt: „sein gesammter privater Interessenkreis, sein Hauswesen hört nicht mit ihm auf" (S. 843). „Es werden", setzt er hinzu, „die das Vermögen zusammenhaltenden Interessen des Erblassers als das Individuum überdauernde angesehen: sie sollen irgend einen neuen Träger finden und mit dessen Persönlichkeit vereinigt werden". Von der auf die Erben übergehenden familia des Verstorbenen heisst es dann noch, sie sei „kein blosses Rechtsobject", sondern „zugleich etwas Subjectives und Objectives. Die Erbfolge bezieht sich zunächst auf das Subjective der hereditas und damit dann auf das Objective, sie ist die Vereinigung jener den Nachlass zu einer Einheit zusammenhaltenden Interessen mit denen des Erben, der Eintritt des Nachfolgers in jenen einheitlichen Interessenkreis, in das Subjective des Nachlasses". Wir stehen hier auf demselben Boden wie bei Huschke. Die „sächliche familia" ist theils etwas von der Person ihres Subjectes Verschiedenes, theils ein Stück seiner Persönlichkeit, die daher in bestimmtem Umfange durch das Weiterbestehen seiner familia seinen Tod überdauert. Wenn aber durch die Erbfolge die familia des Verstorbenen der familia des Erben einverleibt wird, so ist nicht abzusehen, inwiefern sie neben dieser

als eine eigene familia fortbestehen soll, ergibt sich vielmehr die Folgerung, dass nun die familia und damit die Persönlichkeit des Verstorbenen nicht mehr als eine von derjenigen des Erben verschiedene besteht. Neben der Fortdauer der familia oder Persönlichkeit des Verstorbenen statuirt Karlowa die Fortdauer seines Interessenkreises als eines auf seine Erben übergehenden. Doch existirt dieser Uebergang nur insoweit, als durch die Beschaffenheit der vom Verstorbenen hinterlassenen Rechtsverhältnisse sich für den Erben als ihr nunmehriges Subject bestimmte Interessen ergeben. Soweit dagegen die Interessen, denen das Vermögen des Verstorbenen diente, durch seine Individualität gegeben waren, dient es ihnen nicht mehr als Vermögen des Erben, durch dessen Individualität sich vielmehr die fortan durch dasselbe zu befriedigenden Interessen bestimmen.

## II. Die Universalsuccession und die Universalklagen des Erben.

Soll der Erbe die Persönlichkeit des Erblassers fortsetzen, so ist dies denkbar in der doppelten Weise, dass er jene mit seiner bisherigen Persönlichkeit verbindet, uud dass seine Persönlichkeit eine Aenderung erleidet, vermöge welcher er nicht mehr seine bisherige Persönlichkeit, sondern nur noch die Persönlichkeit des von ihm Beerbten fortsetzt. Im zweiten Falle würde der Erbe durch die Erbfolge eine capitis deminutio erleiden. Wie der Adoptirte für das ius civile nicht mehr als derjenige, der er durch seine Geburt war, sondern als ein Anderer existirte, weil der civilrechtliche Zusammenhang seiner Persönlichkeit mit derjenigen seines leiblichen Vaters und seiner bisherigen Agnaten erloschen und an seine Stelle der Zusammenhang mit dem Adoptivvater und dessen Agnaten getreten war, so erführe durch die Erbfolge der Erbe den gleichen Wechsel. Dies entspräche genau der Annahme Mancher, dass der Inhalt des ältesten Testaments eine adrogatio gewesen sei. Anhaltspunkte für diese Annahme bietet aber weder die Ueberlieferung noch die Gestaltung der Erbfolge in geschichtlicher Zeit; insbesondere wird dafür mit Unrecht angerufen die Analogie der Testamentscomitien und der Arrogationscomitien; denn in diesen wurde abgestimmt, während

jene comitia calata waren. Hätte der Erbe als Fortsetzer einer bisher ihm fremden Persönlichkeit seine bisherige Persönlichkeit eingebüsst, so wäre juristisch das Gegentheil dessen erfolgt, was thatsächlich eingetreten war; während in Wirklichkeit der Erbe den Verstorbenen überlebte, hätte juristisch die Persönlichkeit des Verstorbenen im Erben fortexistirt auf Kosten seiner bisherigen Persönlichkeit.

Unbestreitbar bleibt der römische Erbe trotz der Erbfolge dieselbe Person, die er bisher war; als Fortsetzer einer bisher ihm fremden Persönlichkeit kann er also nur gedacht werden in der Weise, dass sie ihm neben seiner bisherigen Persönlichkeit eigen ist. Dies ist die einzige Annahme, die möglich ist von dem Standpunkte aus, dass der Erbe sowohl seine bisherige Persönlichkeit als diejenige des Verstorbenen fortsetzt. So hat eine doppelte Persönlichkeit der filius familias in seiner öffentlichrechtlichen Eigenschaft als Bürger, in der er Subject des imperium über seinen eigenen Vater sein kann, und in seiner privatrechtlichen Eigenschaft als Hauskind, in der er dem Vater unterthan ist; ebenso hat eine doppelte privatrechtliche Persönlichkeit der filius familias miles als ein theils dem Vater untergebener, theils bezüglich des peculium castrense ihm selbständig gegenüberstehender. Unklar und unvollziehbar ist dagegen die Vorstellung, dass die Persönlichkeit des Verstorbenen dem Rechtskreise des Erben als Object angehöre, so dass sie der Erbe nicht neben seiner eigenen, sondern als eine der seinigen unterworfene, von der seinigen beherrschte (Scheurl, S. 42) haben soll. Die Analogie der Arrogation liegt von diesem Standpunkte aus in der Weise vor, dass die Persönlichkeit des Erblassers oder die hereditas als derjenige Theil derselben, der seinen Tod überdauert hat, in die familia des Erben ebenso übergegangen ist, wie durch arrogatio der arrogatus in die familia des arrogator übertritt. „Die hereditas ist jetzt ein nicht mehr ausser dem heres, sondern in ihm existirendes, seiner rechtlichen Herrschaft unterworfenes Subject; was der hereditas gehört hat, gehört jetzt nicht mehr ihr, so wenig als einem arrogatus (im älteren Recht) weiter gehört, was er vor der Arrogation im Eigenthum gehabt hat, sondern dem heres“ (Scheurl, S. 43). Durch Arrogation wird aber die familia des arrogatus der familia

des arrogator in der Weise einverleibt, dass sie überhaupt nicht mehr als eine eigene Einheit besteht. Wird durch die Beerbung nicht wie durch die Arrogation eine fortbestehende Person zum Objecte fremder Gewalt, sondern nur die familia einer untergegangenen Person einer fremden familia einverleibt, so ergibt die Analogie der arrogatio in keiner Weise, dass die auf den Erben übergegangene familia des Verstorbenen für jenen ein eigenes Object seiner Herrschaft wäre. Und wie soll für den Erben die auf ihn übergegangene Persönlichkeit des Erblassers ‚eine der seinigen unterworfene sein', wenn doch dessen Schulden nun schlechthin die seinigen sind, was von den Schulden einer in meine familia als Object meiner Gewalt übergegangenen Person nicht gilt.

Die Vorstellung, dass dem Erben neben seiner bisherigen Persönlichkeit diejenige des von ihm Beerbten eigen ist, haben wir für möglich erklärt. Wenngleich sie aber begrifflich nicht undenkbar ist, so ist sie doch thatsächlich unvollziehbar. Sie verlangt die fortdauernde Unterscheidung der durch meine ursprüngliche Persönlichkeit und der durch die auf mich übergegangene Persönlichkeit eines Anderen mir eigenen Rechtsverhältnisse, und diese Unterscheidung ist undurchführbar. Bin ich Subject des von A, B und C ererbten Vermögens kraft ihrer auf mich übergegangenen Persönlichkeit, so waren ja auch sie Subjecte des ihrerseits von Anderen ererbten Vermögens nicht kraft ihrer ursprünglichen Persönlichkeit, sondern kraft der auf sie übergegangenen Persönlichkeit Anderer, die gleichfalls mit ihrer ursprünglichen Persönlichkeit diejenige aller unmittelbar und mittelbar von ihnen Beerbten verbanden. Es würde also jedem Menschen eine mit jeder Generation wachsende und schlechthin unübersehbare Zahl von Persönlichkeiten zukommen, deren Annahme angesichts der Unmöglichkeit, sie alle zu kennen und von einander zu unterscheiden, jedes juristischen Werthes entbehren würde.

Die Vorstellung der auf den Erben übergegangenen Persönlichkeit des Erblassers wird nun aber insbesondere gegründet auf den Begriff der Universalsuccession. Object dieser, sagt man, ist ein Vermögen, das durch sie als solches auf ein anderes Subject übergeht; also wird der Universalsuccessor Subject eines eigenen neben seinem sonstigen Vermögen ihm

zustehenden Vermögens. Subject meines Vermögens bin ich als diese bestimmte Person, Subject eines auf mich übergegangenen fremden Vermögens als Rechtsnachfolger einer bestimmten anderen Person, und wie ich als Eigenthümer mehrerer Sachen mehrfacher Eigenthümer bin, so bin ich vermöge meiner mehrfachen Eigenschaft als diese bestimmte Person und Rechtsnachfolger bestimmter anderer Personen Subject mehrfachen Vermögens. Da ich aber Rechtsnachfolger anderer Personen nicht bin, ohne diese bestimmte Person zu sein, so bin ich Subject ererbten Vermögens in dieser doppelten Eigenschaft, so dass es mir gleich meinem übrigen Vermögen als dieser bestimmten Person zusteht, ausserdem aber in meiner weiteren Eigenschaft als Rechtsnachfolger bestimmter anderer Personen.

Allerdings nun ist Object der Universalsuccession ein Vermögen; daraus folgt aber nicht, dass es als ein auf den Successor übergegangenes fortfährt ein eigenes neben seinem sonstigen Vermögen existirendes Vermögen zu sein. Fragen wir, in welchem Sinne das Vermögen des Erblassers auf den Erben übergeht, so tritt uns zunächst die Thatsache entgegen, dass dieser Uebergang nicht nothwendig ein ausnahmsloser ist, da von ihm bestimmte Nachlassbestandtheile durch Vermächtniss ausgeschlossen sein können. Zwar sagt neuestens wieder Karlowa (R. Rechtsgesch. II, 1893, S. 869), man könne dafür, dass nicht nothwendig der ganze Nachlass auf den Erben übergehe, auf das Vindicationslegat sich nicht berufen, da es doch immer ab herede oder auf Kosten des heres angeordnet, also „aus der Erbschaft" gegeben sei. Wenn aber sein Object aus der Erbschaft im Momente ihres Erwerbes ausscheidet, so gehört es ihr nur als einer nicht erworbenen an, und auf Kosten des Erben geht es nicht im Sinne eines von ihm erlittenen Verlustes, sondern nur im Sinne eines ihm entgehenden Erwerbes. Dass sein Erwerb „ohne das Legat sich auch auf diese Sache erstreckt haben würde", ändert nichts daran, dass er in Wirklichkeit sich auf sie nicht erstreckt, dass also von der Universalsuccession der Erben bestimmte Nachlassstücke ausgenommen sein können[1]). Geht

[1]) Aufs Schärfste betont dies Papinian in l. 80 D. de legat. II mit den Worten: recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transeat nunquam factum heredis.

aber auf die Erben nicht nothwendig der ganze Nachlass über, so kann man auch nicht sagen, dass er auf sie als Ganzes übergehe; denn ein Ganzes schliesst seine sämmtlichen Bestandtheile in sich, und wohl kann ich etwas ganz bekommen, ohne es als Ganzes zu bekommen, es kann aber nicht als Ganzes auf mich übergehen, ohne auf mich ganz überzugehen. Dass am Schicksale des Ganzen, dem es angehört, ein Bestandtheil desselben nicht theilnehme, lässt sich nur sagen, wenn er neben seiner Existenz als Theil jenes Ganzen noch eine andere Existenz hat. Was von einem Volke gilt, gilt auch von jedem Gliede desselben in seiner Eigenschaft als Theil des Volkes, und doch kann vom einzelnen Volksgliede Anderes gelten, weil es mit seiner Eigenschaft als Theil des Volkes andere ihr möglicher Weise widersprechende Eigenschaften verbindet. Ebenso kann von einem Bestandtheile einer zusammengesetzten Sache Anderes als von dieser gelten, weil jener nicht nur als Theil dieser in Betracht kommt. In derselben Weise kann das an sich für ihre sämmtlichen Bestandtheile geltende Recht einer Gemeinschaft für bestimmte Bestandtheile derselben deshalb nicht gelten, weil sie zugleich eigene Rechtsgemeinschaften und daher eigenen Sonderrechtes fähig sind. Dass aber das durch Vermächtniss einem Dritten zugewendete Recht in das Vermögen des Erben nicht übergeht, beruht nicht darauf, dass diesem Rechte noch eine andere Existenz zukäme als diejenige eines Bestandtheils des vom Erblasser hinterlassenen Vermögens. Ist doch seine Zuwendung an einen Dritten dem Erblasser nur deshalb möglich, weil es einen Bestandtheil jenes im Uebrigen auf seine Erben übergehenden Vermögens bildet. Wie im Falle der Eigenthumsübertragung unter dem Vorbehalte eines dem bisherigen Eigenthümer zustehenden Rechtes an fremder Sache der Erwerb dieses Rechtes durch den bisherigen Eigenthümer und der Erwerb des Eigenthums durch den Anderen gleichzeitig eintritt als ein vom Rechte des bisherigen Eigenthümers abgeleiteter, so erfolgt der Erwerb des vermachten Rechtes durch den Legatar und des übrigen Nachlasses durch den Erben in der Weise, dass jener gleich diesem ein unmittelbarer Rechtsnachfolger des Erblassers ist, wenngleich die Singularsuccession des Legatars nicht möglich ist ohne die Universalsuccession des Erben, wie ebenso die

Entstehung eines Rechtes an fremder Sache für den bisherigen Eigenthümer nicht möglich ist ohne den Uebergang des Eigenthums auf einen Anderen.

Die Universalsuccession des Erben ist aber schon deshalb nicht nothwendig ein Erwerb des ganzen Nachlasses, weil der Nachlass auf eine beliebige Mehrzahl von Erben übergehen kann, deren Erbtheile in beliebigem Verhältnisse zu einander zu stehen vermögen, während trotzdem die Succession jedes einzelnen Erben eine Universalsuccession ist. Wäre, wie Viele annehmen, jeder Erbe an sich zur ganzen Erbschaft berufen und nur durch die Concurrenz der Miterben auf einen Theil beschränkt, so müsste der Satz gelten, dass partes concursu fiunt. Etwas Anderes ist es, dass wegen der Unmöglichkeit partieller Beerbung jeder Erbe eventuell, d. h. falls die neben ihm Berufenen nicht Erben werden, die ganze Erbschaft erwirbt. Wollte man sagen, dass zwar nicht der einzelne Erbe, aber doch ihre Gesammtheit die Erbschaft als Ganzes erwerbe, und dass die Erbtheile keine wirkliche Getheiltheit der Erbschaft, sondern lediglich Antheile an ihr als einer den sämmtlichen Erben gemeinsam zustehenden bedeuten: so würde man übersehen, dass eine Rechtsgemeinschaft der Erben nicht bezüglich aller Nachlassbestandtheile, sondern nur bezüglich derjenigen besteht, die nicht ipso iure getheilt sein können. Besteht der Nachlass lediglich aus Forderungen und Schulden, so besteht keinerlei Vermögensgemeinschaft der Erben und geht das Vermögen des Verstorbenen so wenig als Ganzes auf sie über, dass an die Stelle jeder Forderung oder Schuld des Verstorbenen eine Mehrheit in keiner Weise mit einander zusammenhängender Forderungen und Schulden seiner Erben tritt, dies wäre denn wegen der Untheilbarkeit der geschuldeten Leistung unmöglich. Bezüglich der vom Verstorbenen hinterlassenen dinglichen Rechte besteht zwar eine Rechtsgemeinschaft der Miterben, die aber lediglich dadurch gegeben ist, dass jedes dieser Rechte jedem Erben zu seinem Erbtheile zusteht; veräussert er seinen Antheil an einem Nachlassbestandtheile, so nimmt er nicht mehr Theil an der bezüglich desselben bestehenden Rechtsgemeinschaft, was vielmehr jetzt vom Erwerber gilt, ohne dass darum an der Eigenschaft des Einen als eines Erben und des Anderen

als eines nicht zu den Erben Gehörenden sich etwas geändert hätte.

Dafür, dass das auf einen Universalsuccessor übergegangene Vermögen nicht eine Erweiterung seines ursprünglichen Vermögens sei, sondern neben diesem als ein eigenes Vermögen existire, kann man nicht anführen, dass die Universalsuccession in derselben Weise eine successio in universitatem sei wie die Singularsuccession eine successio in rem. Die Universalsuccession ist vielmehr eine successio per universitatem, was nur bedeutet, dass auf den Erben nicht bestimmte Nachlassbestandtheile je für sich, sondern zu dem Theile, zu dem er Erbe ist, alle nicht durch Vermächtniss Dritten zugewendeten Nachlassbestandtheile mit einander übergehen. Dadurch werden sie aus Nachlassbestandtheilen zu Bestandtheilen seines Vermögens oder aus vom Verstorbenen hinterlassenen Rechtsverhältnissen zu Rechtsverhältnissen des Erben, deren Eigenschaft als früherer Rechtsverhältnisse eines von ihrem nunmehrigen Subjecte Beerbten im Verhältnisse zu anderen Rechtsverhältnissen des Erben nicht eine Verschiedenheit ihrer Beziehung zu ihrem Subjecte, sondern nur eine Verschiedenheit des Grundes bedeutet, aus welchem sie zu Rechtsverhältnissen dieser Person geworden sind. Allerdings ist die Universalsuccession des Erben nicht nur eine successio per universitatem, sondern auch eine successio in universum ius, quod defunctus habuit (Iulian. l. 62 R. I. 50, 17). Das bedeutet aber nicht den Uebergang des Nachlasses als einer Einheit, sondern lediglich, dass auf den Erben nicht nur bestimmte Nachlassbestandtheile übergehen, sondern alle. Dass dies geschieht unter Beschränkung auf den Theil, zu dem er Erbe ist, und mit Ausnahme der durch Vermächtniss Dritten zugewendeten Stücke, ist damit nicht verneint. Der Succession des Erben in universum ius steht zur Seite die Succession des Legatars in singulas res, und da diese Bestandtheile des universum ius sind, so versteht sich von selbst, dass durch die Singularsuccession der Legatare ihre Objecte von der Universalsuccession der Erben ausgeschlossen werden. Von dieser unterscheidet sich jene nicht nur dadurch, dass Object des Legates der einzelne Nachlassbestandtheil ist, sondern auch dadurch, dass es nur auf bestimmte Arten von Nachlassbestandtheilen,

insbesondere nicht gleich der Erbfolge auf die Schulden sich erstreckt. Nichts Anderes meint des Pomponius Bezeichnung der Erbfolge als einer Succession in omne ius mortui (l. 37 de adq. her. 29, 2). Dass sie auf alles Recht des Verstorbenen sich erstreckt, betont er in dem doppelten Sinne, dass sie im Gegensatze zur Succession des Legatars weder auf individuell bestimmte Nachlassbestandtheile noch auf bestimmte Arten von Nachlassbestandtheilen sich beschränkt; denn er fährt fort mit den Worten: non tantum rerum singularum dominium und fügt hinzu: cum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeant. Der Annahme eines einheitlichen Objectes der Universalsuccession widerspricht geradezu ihre Bezeichnung als einer successio in omne ius mortui. In genau demselben Sinne setzt Ulpian der Succession in universa bona diejenige in rei tantum dominium und Hermogenian der Succession in universum ius diejenige in eam dumtaxat rem entgegen (L. 24 § 1 damn. inf. 39, 2. L. 3 § 1 exc. rei vend. 21, 3), wobei die Worte tantum und dumtaxat noch besonders darauf hinweisen, dass die eine Succession von der anderen nicht durch eine absolute Verschiedenheit ihres Objectes, sondern nur durch ihren grösseren Umfang sich unterscheidet. Der successio per universitatem setzt Ulpian in l. 1 § 13 quod leg. 43, 3 entgegen die successio in rem, was aber nichts Anderes bedeutet als in singulas res. Das gemeinsame Wesen aller Universalsuccessionen sieht Gaius darin, dass des Vorgängers res ad nos transeunt, und der Art wie singulae res erworben werden, setzt er die Universalsuccession entgegen als die Art wie per universitatem res nobis adquirantur (Gaius 2, 97).

Läge es im Begriffe der Universalsuccession, dass die Persönlichkeit des Rechtsvorgängers auf den Rechtsnachfolger übergeht, so müsste dies nicht nur vom Erben, sondern auch von jedem anderen Universalsuccessor gelten. Davon kann aber insbesondere für den bonorum emtor schon deshalb keine Rede sein, weil trotz seiner Universalsuccession die Persönlichkeit des Schuldners als Persönlichkeit ihres bisherigen Subjectes fortbesteht. Die Auffassung, dass sie irgendwie auf den bonorum emtor überginge, wäre einem Römer nicht nur unverständlich, sondern zugleich höchst anstössig gewesen, da sie

die Annahme einer Betheiligung des bonorum emtor an der durch die bonorum venditio vom Schuldner erlittenen Schmach in sich schlösse. Ebenso anstössig wäre die Annahme gewesen, dass der im Wege der Universalsuccession erfolgte Erwerb der bona damnatorum den Erwerber irgendwie der Persönlichkeit der fraglichen Verbrecher theilhaftig gemacht hätte. Im Falle der mit dem Uebertritte in eine fremde familia verbundenen Universalsuccession des paterfamilias würde die Annahme, dass auf diesen die Persönlichkeit des in seine familia Eingetretenen übergehe, den wahren Sachverhalt auf den Kopf stellen, da in Wirklichkeit in der familia die Persönlichkeit des paterfamilias allein massgebend ist, so dass die Persönlichkeit der ihm Untergebenen nicht neben der seinigen in Betracht kommt. Wollte man aber annehmen, dass in diesen Fällen eine wirkliche Universalsuccession nicht vorliege, und sich dafür auf den ausgeschlossenen oder nur beschränkt stattfindenden Uebergang der Schulden berufen, so hätte man jedenfalls den römischen Sprachgebrauch gegen sich, der jene verschiedenen Fälle gleichmässig als Fälle der Succession per universitatem bezeichnet. Wäre das Unterscheidende dieser ihr besonderes Object, so wäre es ein wesentlicher Unterschied, ob das Vermögen einer Person mit oder ohne Einschluss ihrer Schulden auf eine andere übergeht, und ob es um das Vermögen einer untergegangenen oder doch vermögensunfähig gewordenen Person oder um das bisherige Vermögen einer solchen sich handelt, die als Subject eigenen Vermögens fortbesteht. Für den Begriff der successio per universitatem waren aber diese Unterschiede deshalb gleichgültig, weil sie von der Singularsuccession sich nur dadurch unterscheidet, dass Object derselben nicht individuell bestimmte Rechtsverhältnisse, sondern alle nicht aus einem besonderen Grunde von ihr ausgeschlossenen Bestandtheile eines bestimmten Inbegriffs von Rechtsverhältnissen sind, wogegen der Begriff der Universalsuccession die Frage der Abgrenzung dieses Inbegriffes offen lässt.

Zugleich ergibt sich, dass für die Universalsuccession nicht die Erhaltung, sondern umgekehrt die Zerstörung desjenigen Inbegriffs charakteristisch ist, dessen Bestandtheile durch sie auf ein neues Subject übergehen. Die Begrenzung jenes Inbegriffs kann im Uebrigen eine verschiedene sein; was

aber seine Bestandtheile unter sich zusammenhält und von anderen Rechtsverhältnissen derselben Art unterscheidet, das ist die Person, deren Rechtsverhältnisse sie sind. Gehen sie nun auf eine andere Person über, so unterscheiden sie sich von denjenigen Rechtsverhältnissen derselben Art, in denen dieselbe Person steht, nicht mehr durch die Verschiedenheit ihres Subjectes. Wie sie vorher Bestandtheile eines durch die Person ihres bisherigen Subjectes zusammengehaltenen Inbegriffes waren, so sind sie jetzt Bestandtheile des durch die Person ihres nunmehrigen Subjectes zusammengehaltenen Inbegriffs von Rechtsverhältnissen der fraglichen Art, bilden also, da sie diese Eigenschaft mit anderen Rechtsverhältnissen theilen, nicht mehr einen eigenen Inbegriff. Es liegt also gerade im Begriff der Universalsuccession die Auflösung des bisher durch die Vereinigung ihrer Objecte gebildeten Ganzen und die Einverleibung seiner Bestandtheile in ein anderes Ganzes. Dass sie als gewesene Bestandtheile eines eigenen Ganzen in bestimmten Beziehungen besonderen Normen unterliegen, ist dadurch nicht ausgeschlossen; in je geringerem Umfange aber dies der Fall ist, desto gründlicher ist der Begriff der Universalsuccession durchgeführt. Darum vollzieht sich auch eine Universalsuccession in den Nachlass eines Verstorbenen erst durch den Eintritt der Erbfolge und nicht schon durch die Existenz einer hereditas iacens. Wäre die Universalsuccession nichts Anderes als ein Wechsel des Subjectes einer fortbestehenden universitas, so wäre eine solche dadurch eingetreten, dass der Nachlass, der nicht mehr Vermögen seines bisherigen Subjectes ist, doch als ein eigenes Vermögen fortbesteht. Wie wir zum Begriffe der juristischen Person und zu seiner Anwendung auf die hereditas iacens uns verhalten, ist hiefür gleichgültig; nehmen wir ihn überhaupt oder doch für die hereditas iacens nicht an, so liegt gleichwohl hier ein Vermögen vor, das zwar sein bisheriges Subject, aber nicht seine Eigenschaft als eigenes von jedem anderen Vermögen getrenntes Vermögen eingebüsst hat. Existirt es ohne Subject, so existirt es doch nicht ohne Bestimmung. Setzen wir anstatt des Subjectswechsels den in ihm enthaltenen und im Falle der Subjectlosigkeit der hereditas iacens ohne ihn eingetretenen Bestimmungswechsel, so haben wir hier und nur

hier den Fall des in Ansehung eines Vermögens ohne Aenderung bezüglich seiner Existenz eingetretenen Bestimmungswechsels, und in diesem Falle müssten wir den Normalfall der Universalsuccession erblicken, wenn ihr Object die universitas ebenso wäre wie Object der Singularsuccession die res. Wie die Sache durch Singularsuccession ihren Herrn und damit ihre Bestimmung wechselt, ohne ihre Existenz als eigene Sache einzubüssen, so wechselt mein Vermögen durch meinen Tod seine Bestimmung, ohne, so lange nicht die Erbfolge eintritt, seine Existenz als eigenes Vermögen einzubüssen. Dieses Stadium ist aber nur ein Uebergangsstadium, und die Bestimmung des Nachlasses geht gerade dahin, durch seine Einverleibung in fremdes Vermögen die Eigenschaft eines eigenen Vermögens zu verlieren. Darum kann der zum Erben Gewordene nicht wieder aufhören Erbe zu sein. Semel heres semper heres. Dies versteht sich von selbst, wenn der auf den Erben übergegangene Nachlass nicht mehr ein eigenes Vermögen ist. Ist er dagegen noch ein eigenes Vermögen oder doch ein von seinem übrigen Vermögen abgesonderter Bestandtheil seines Vermögens, der ihm nur vermittelst der auf ihn übergegangenen Persönlichkeit eines Anderen zukommt, so ist nicht abzusehen, warum diese Verbindung einer fremden mit seiner ursprünglichen Persönlichkeit unauflöslich sein sollte. Durch die Einverleibung des Nachlasses in das Vermögen des Erben ist die Möglichkeit seiner Trennung von diesem und seines Ueberganges auf andere Personen als die Universalsuccessoren des Erben ausgeschlossen; dessen Beerbung ist aber zugleich eine Beerbung aller unmittelbar oder mittelbar durch ihn beerbten Personen (Gai. l. 3 D. de her. pet. 5, 3). Die Universalsuccessoren des Erben sind also auch Universalsuccessoren seines Erblassers, und doch gehen auf sie die auf ihn übergegangenen Bestandtheile des von seinem Erblasser hinterlassenen Vermögens lediglich über vermöge ihrer Eigenschaft als Bestandtheile seines eigenen Nachlasses.

Nur in einem Falle tritt an die Stelle des Erben als Erbe seines Erblassers eine ihn selbst nicht beerbende Person. Falls nämlich ein homo sui iuris durch arrogatio oder in manum conventio in eine fremde familia übertrat, gingen auf seinen nunmehrigen paterfamilias zwar nicht seine

sonstigen, aber seine ererbten Schulden über, weil hier ipse pater adoptivus aut coemtionator heres fit (Gai. 3, 84). In der Formel der arrogatio bei Gell. 5, 19 wird die durch sie begründete rechtliche Stellung als dieselbe bezeichnet, wie wenn der arrogatus der leibliche eheliche Sohn des arrogator wäre. Daher gehen auf den arrogator alle Rechtsverhältnisse des arrogatus über, die von vornherein die seinigen gewesen wären, wenn der arrogatus sein ehelicher Sohn wäre, und dies gilt zwar nicht für die sonstigen, aber für die ererbten Schulden des arrogatus, der unter jener Voraussetzung durch Antretung der Erbschaft nicht sich, sondern den arrogator zum Erben gemacht hätte. Dass hier der arrogatus desinit esse heres und an seiner Statt der arrogator heres wird, ist deshalb verträglich mit dem Grundsatze: semel heres semper heres, weil die Erbfolge des arrogatus nachträglich zu einer überhaupt nicht eingetretenen wird. Bezüglich der manus mariti hat Karlowa (Röm. Rechtsgesch. II, 151 f.) bestritten, dass sie der patria potestas nachgebildet gewesen sei; die Gleichstellung der in manum conventio mit der arrogatio in dem uns beschäftigenden Punkte zeigt aber, dass jene gleich dieser die Gleichstellung ihres Objectes mit einem durch seine Abstammung und daher schon vom Zeitpunkte seiner Geburt an der fraglichen familia angehörenden Hauskinde begründete.

Dafür, dass der vom Erben erworbene Nachlass neben dessen übrigem Vermögen als ein eigenes Vermögen fortbestehe, beruft man sich auch auf die vom Prätor den Erbschaftsgläubigern gewährte separatio bonorum, auf das von Justinian dem Erben gewährte beneficium inventarii und darauf, dass nach neuestem Rechte das Erbschaftsvermächtniss eine die Universalsuccession des Erben ablösende Universalsuccession begründet. Doch bedarf es keines Eingehens auf diese Dinge, die durchweg dem Geiste des alten Rechts zuwiderlaufen. Unstreitig begründen sie eine gewisse Sonderung des ererbten vom übrigen Vermögen des Erben, aber nicht in dem Sinne, dass er dadurch dauernd zweierlei Vermögen hätte. Wird vom beneficium separationis oder inventarii Gebrauch gemacht, so hört mit der erfolgten Tilgung der Erbschaftsschulden jede Unterscheidung der Erbschaft vom übrigen Vermögen des Erben auf, und insoweit als die Universalsuccession des mit

einem Erbschaftsvermächtnisse Bedachten Platz greift, erlischt diejenige der Erben.

Einen unumstösslichen Beweis dafür, dass die auf den Erben übergegangene Erbschaft neben seinem übrigen Vermögen als ein eigenes Vermögen fortbestehe, sehen Manche in der hereditatis petitio. Bezüglich dieser wird darüber gestritten, ob ihr Object die hereditas in der objectiven Bedeutung des Nachlasses oder im subjectiven Sinne sei, den man wieder in verschiedener Weise bestimmt. Sprachlich kann daran kein Zweifel sein, dass das Wort hereditas zunächst nichts Anderes bedeutet als die Eigenschaft eines heres. Wenn der griechische κληρονόμος seinen Namen von dem ihm zufallenden κλῆρος hat und ebenso der deutsche Erbe deshalb so heisst, weil ihm das Erbe zukommt, so ist die lateinische hereditas von der Person des heres abgeleitet. Ging die intentio der hereditatis petitio auf hereditatem suam esse totam vel pro parte (l. 10 § 1 ht.), so ist damit wie durch die Bezeichnung der Klage als einer vindicatio oder in rem actio keineswegs nothwendig die hereditas als ein eigenes Object der rechtlichen Herrschaft des heres bezeichnet. Eine in rem actio ist die hereditatis petitio, weil sie die Restitutionspflicht des Beklagten nicht für sich, sondern in Verbindung mit dem sie begründenden Rechtsverhältnisse geltend macht, das in einer rechtlichen Beziehung zu diesem Beklagten nicht aufgeht. Wie nun die rei vindicatio verstanden werden kann als Vindication der Sache oder des vom Sprachgebrauche mit ihr identificirten Eigenthums, so kann die hereditatis petitio verstanden werden als Vindication des Nachlasses oder der Eigenschaft eines heres. Die rei vindicatio ist eine Vindication des Eigenthums im Sinne seiner Geltendmachung und eine Vindication der Sache im Sinne ihrer Abforderung. Fragen wir aber, ob sie mehr das Eine oder das Andere ist, so besteht ihr Wesen als einer in rem actio gerade darin, das Eine mit dem Anderen zu verbinden. Nicht jede Geltendmachung des Eigenthums, sondern nur seine Geltendmachung gegen den Besitzer als einen zur Restitution der Sache Verpflichteten, und nicht jede Abforderung der Sache, sondern nur die kraft Eigenthums erfolgende ist eine rei vindicatio. Ebenso ist eine hereditatis petitio nicht jede Geltendmachung der

Eigenschaft eines heres, sondern nur ihre Geltendmachung gegen denjenigen, der etwas aus dem Nachlass besitzt als einen zur Restitution Verpflichteten. Umgekehrt geht die hereditatis petitio in der Geltendmachung der dem Beklagten obliegenden Restitutionspflicht ebenso wenig auf als die rei vindicatio; zugleich hat aber die hereditatis petitio das Besondere, dass sie die Objecte der geforderten Restitution nicht nennt oder aufzählt, weil die Forderung auf alle Objecte sich erstreckt, für welche der geltend gemachte Grund der Restitutionspflicht zutrifft. Wie die Universalsuccession des Erben eine Succession nicht in eine eigene universitas, sondern in jeden nicht einem Dritten zugewendeten Nachlassbestandtheil ist, so ist die Erbschaftsklage eine Universalklage nicht als Abforderung einer vom Beklagten besessenen universitas, sondern als Forderung der Abtretung jedes Besitzes, dessen Abtretung der Beklagte dem Kläger schuldet in seiner besonderen Eigenschaft als Erbe. Die Bezeichnung der hereditas als des Objectes dieser Abforderung ist trotzdem zutreffend; denn Object der Abforderung ist das Geforderte als ein vom Beklagten Besessenes. Wie es sich von selbst versteht, dass die Universalsuccession des Erben sich nicht erstreckt auf die durch Legat von ihr ausgeschiedenen Nachlassbestandtheile, so versteht es sich von selbst, dass die Abforderung der Erbschaft sich nur erstreckt auf die vom Beklagten besessenen Erbschaftsbestandtheile. Da nun die Gesammtheit dieser in keinem Sinne eine Einheit bildet, so ist, selbst wenn die Erbschaft eine solche wäre, doch das durch die Erbschaftsklage dem Beklagten Abgeforderte lediglich eine Summe von Objecten. Das ist um so mehr der Fall, da zu den vom Beklagten zu restituirenden Objecten auch solche gehören, die Bestandtheile der Erbschaft im Sinne des vom Verstorbenen hinterlassenen und durch seine Beerbung auf den Erben übergegangenen Vermögens überhaupt nicht sind. Auch vom Verstorbenen nur besessene oder detinirte Sachen sind Erbschaftssachen im Sinne solcher Sachen, an denen ein Erbschaftsbesitz Platz greift oder, was dasselbe ist, ein Besitz, dessen Abtretung dem Erben als solchem geschuldet wird.

Im Falle der rei vindicatio ist es dieselbe Sache, deren Eigenthümer der Kläger und deren Besitzer der Beklagte ist,

so dass von derselben Sache das meum esse des Klägers und die Restitutionspflicht des Beklagten gilt. Dagegen ist die hereditas nicht in demselben Sinne Object des in der intentio der Klage genannten meam esse und der dem Beklagten obliegenden Restitutionspflicht, und zwar auch dann, wenn man unter der hereditas als einer dem Kläger zustehenden den Nachlass versteht; denn der Nachlassbesitz des Beklagten kann sich einestheils auf einen einzigen Nachlassbestandtheil beschränken und erstreckt sich anderntheils auch auf Sachen, die zu dem auf den Erben übergegangenen Vermögen des Verstorbenen nicht gehören. Wäre der Erbe als solcher in derselben Lage wie der Erblasser, so würde ihm als solchem die Restitution derselben Objecte geschuldet, deren Restitution, wenn der Erblasser noch lebte, diesem geschuldet würde. Er ist aber in anderer Lage als dieser dadurch, dass er, um die Erbschaft zu besitzen, erst ihren Besitz ergreifen muss, und die Erbschaftsklage verfolgt neben der Constatirung der Erbfolge den Zweck, ihm zum Besitze derjenigen Nachlassbestandtheile zu verhelfen, die im Besitze Anderer sind und in deren Besitz er daher sich nicht selbst setzen kann oder darf. Eine dem Erben als solchem geschuldete Restitution ist einerseits auch die Restitution vom Verstorbenen nur besessener oder detinirter Sachen, deren Restitution diesem nicht geschuldet würde. Auf der anderen Seite wird dem Erben als solchem nur geschuldet die Restitution noch nicht in seinen Besitz gelangter Sachen.

Denselben Besitz wie die hereditatis petitio forderte das interdictum quorum bonorum. Es war ein interdictum adipiscendae possessionis und stand als solches, wie Gai. 4, 144 ausdrücklich hervorhebt, nur demjenigen zu, qui nunc primum conatur adipisci rei possessionem: itaque si quis adeptus possessionem amiserit, desinit ei id interdictum utile esse. Von der hereditatis petitio unterschied es sich dadurch, dass diese nicht nur gegen corporum possessores geht, sondern auch gegen debitores hereditarii (Paul. l. 2 D. quor. bon. 43, 2). Solche sind aber nur diejenigen, die schon Schuldner des Verstorbenen oder doch der noch nicht auf den Erben übergegangenen Erbschaft waren, und nicht diejenigen, deren Schuld erst dem Erben gegenüber, wenngleich in seiner Eigenschaft als Erbe, entstanden ist. Keineswegs also macht die

hereditatis petitio jedes dem Kläger gegen den Beklagten vermöge seiner Eigenschaft als Erbe zustehende Recht geltend; denn ein solches ist doch wahrlich z. B. das durch Beschädigung oder Entwendung einer ererbten Sache begründete Forderungsrecht (l. 14, 15, 16 § 3 D. ht.). Wie ein der hereditatis petitio ausgesetzter debitor hereditarius nicht jeder debitor heredis, sondern nur derjenige ist, dessen Schuld zur Zeit des Eintrittes der Erbfolge bereits existirte, so ist ein Besitzer von res hereditariae nur der Besitzer solcher Sachen, die in Ansehung des Besitzes noch nicht res heredis geworden sind. Kommt eine Sache, in deren Besitz der Erbe gelangt war, ihm wieder abhanden, so ist er für ihre Wiedererlangung auf die gleichen Klagen angewiesen wie für die Wiedererlangung anderer ihm abhanden gekommener Sachen. Wäre die hereditatis petitio eine allgemeine Geltendmachung der auf den Erben übergegangenen Rechte, so wäre befremdlich, dass dem Erblasser, dem doch diese Rechte schon zugestanden hatten, ihre Geltendmachung durch Universalklage nicht zugänglich war. Diese Universalklage dient aber in Wirklichkeit einem in dieser Weise nur für den Erben bestehenden Bedürfnisse, weil der Besitz des Erblassers auf den Erben nicht ipso iure übergeht und seine an sich ihm zustehende Ergreifung ihm unmöglich oder verwehrt sein kann durch den Besitz Anderer. Nur daraus erklärt es sich, dass die hereditatis petitio auch auf Sachen sich erstreckt, für deren Wiedererlangung dem Erblasser, wenn sie ihm abhanden gekommen wären, keine Klage zugestanden hätte. Dass dem Erben nicht nur behufs ihrer erstmaligen Erlangung, sondern auch behufs ihrer Wiedererlangung die hereditatis petitio zustünde, wäre nicht nur für jene Sachen unverständlich, sondern widerspräche auch dem Grundsatze, dass durch die hereditatis petitio die erst nach dem Eintritte der Erbfolge für den Erben begründeten Rechte nicht geltend gemacht werden; denn das Recht des Erben auf Wiederherstellung eines von ihm erlangten, aber wieder verlorenen Besitzes ist erst nach dem Eintritte der Erbfolge durch seinen Besitzverlust entstanden. Dass auch sonst die noch nicht in seinen Besitz gelangte Sache von einer solchen sich unterscheidet, deren Besitz er wieder verloren hat, zeigt die bezüglich jener, aber keineswegs bezüglich dieser bestehende

Möglichkeit einer ohne Besitz fortgesetzten und vollendeten Ersitzung. Würde die hereditatis petitio allgemein die ererbten Rechte geltend machen, so könnte dies auch nicht eine Ausnahme für die Servituten erleiden, über die Paulus (l. 19 § 3 ht.) bemerkt, sie kämen nicht in restitutionem hereditatis, weil nihil eo nomine possit restitui.

Die der herrschenden Lehre widersprechende Annahme, dass die in den Besitz des Erben gelangten Sachen nicht mehr ein mögliches Object der hereditatis petitio sind, hatte schon Fabricius (Rheinisches Museum für Jurisprudenz IV, S. 165 ff.) vertreten. Sie hat aber namentlich deshalb keinen Anklang gefunden, weil Fabricius mit ihr eine Reihe entschieden unhaltbarer Sätze verbunden hat. Insbesondere sah er in der hereditatis petitio eine lediglich auf Erlangung des Erbschaftsbesitzes gerichtete Klage, während es ihr ebenso wesentlich ist, die hereditas im Sinne der dem Kläger zukommenden Eigenschaft eines heres geltend zu machen. Und zwar ist es dieser Zweck der Klage, von welchem sie ihren Namen hat. Es entspricht nicht dem römischen Sprachgebrauche, die petitio als Abforderung zu verstehen und demgemäss die hereditatis petitio als Abforderung der Erbschaft zu verdeutschen. Auch Sachen werden als Objecte des petere bezeichnet, aber nicht im Sinne beliebiger Abforderung ihres Besitzes. Einer pluris petitio macht sich nicht Jeder schuldig, der einem Anderen zu viel abfordert, sondern nur wer intentione plus complexus est. Petitoria formula, sagt Gai. 4, 91, haec est qua actor intendit rem suam esse. Mit Recht tritt zwar Wlassak (Zur Geschichte der Cognitur S. 3) der Meinung entgegen, als wäre nur die in rem actio eine petitio gewesen. Das aber ergibt sich aus Gaius, dass Object der petitio nicht sowohl das vom Kläger begehrte als dasjenige war, was die intentio der formula als ein dem Kläger zustehendes oder geschuldetes nannte. Wer rem petit, ist nicht ein den Besitz einer Sache dem Beklagten Abfordernder, sondern ein auf ihr Eigenthum Anspruch Machender, sei es nun als Object des suum esse oder eines ihm geschuldeten dare. Daher ist eine petitio der Sache sowohl die vindicatio als die condictio. Wenn Papinian (l. 28 D. de obl. 44, 7) sagt:

actio in personam infertur, petitio in rem, persecutio vel in rem vel in personam rei persequendae causa,

so bedeutet auch hier res nicht eine Sache, sondern ein Recht. Object meiner petitio ist mein Recht, Object meiner persecutio ist auch der Gegner als ein durch Verfolgung meines Rechtes Verfolgter, während im Gegensatze zu diesen in erster Linie auf das Object hindeutenden Bezeichnungen der Name der actio vor allem auf ihre Richtung gegen eine bestimmte Person hinweist. Object meiner petitio kann auch eine Erbschaft im doppelten Sinne einer mir zustehenden und einer mir zu gewährenden sein, wie bei der petitio der bonorum possessio als einer mir durch den Prätor zu ertheilenden.

Dass speciell die Bezeichnung der hereditatis petitio auf nichts bestimmter hinweist, als auf das intendere hereditatem suam esse, zeigt wieder Gaius in l. 3 und 10 D. ht. Unzweifelhaft hat aber diese intentio die Bedeutung, die Eigenschaft eines heres zu behaupten und zum Objecte richterlicher Entscheidung zu erheben. Dass Kläger hereditatem vindicat, bedeutet, dass er jene Eigenschaft für sich in Anspruch nimmt, wie auch, wer eines Anderen libertatem vindicat, für diesen die Eigenschaft eines Freien in Anspruch nimmt. Als Object der vindicatio begegnet auch z. B. speciell die legitima hereditas (Paul. l. 8 ht.), was nichts Anderes heissen kann als die Eigenschaft eines legitimus heres. Dafür, dass der Nachlass das unmittelbare und einzige Object der hereditatis petitio gewesen sei, beruft man sich auf die bei der Vindication im Sacramentsprocesse erforderliche Anwesenheit ihres Objectes oder eines Stückes desselben. Wenn dabei nach Gai. 4, 17 insbesondere, si de fundo vel de aedibus sive de hereditate controversia erat, pars aliqua inde sumebatur et in ius adferebatur et in eam partem perinde atque in totam rem praesentem fiebat vindicatio, so erscheint hier allerdings die hereditas gleich dem fundus als eine res, die in iure durch ein Stück vertreten wird. Eine völlige Gleichartigkeit beider Fälle ist aber dadurch keineswegs nothwendig gegeben und hat ohne Zweifel auch schon äusserlich nicht bestanden. Im Falle des Eigenthumsprocesses lautete die Rechtsbehauptung auf hunc hominem meum esse. Ebenso wird es bezüglich des in iure durch ein Stück vertretenen fundus geheissen

haben: hunc fundum. Dagegen kann im Erbschaftsstreite die Rechtsbehauptung nicht wohl gelautet haben: hanc hereditatem meam esse. Im Eigenthumsprocesse über ein Grundstück handelte es sich um das Eigenthum dieser Sache, deren Bestimmtheit unabhängig ist von den an ihr bestehenden Rechten. Im Erbschaftsprocesse handelt es sich auch dann, wenn als sein Object der Nachlass erscheint, nicht um diese bestimmten, sondern um die von dieser bestimmten Person hinterlassenen Sachen. Behauptete der Kläger, hereditatem meam esse, so konnte er nicht wohl sagen: hanc hereditatem, sondern musste die Person nennen, deren hereditas er als eine ihm zustehende in Anspruch nahm. That er dies aber, so meinte er damit nichts Anderes, als dass er der Erbe der von ihm genannten Person sei. Hätte in dieser Verbindung das Wort hereditas nicht die Eigenschaft eines heres, sondern den Nachlass bedeutet, so hätte jenes Wort dasselbe Vermögen als ein Vermögen des Verstorbenen und des Erben bezeichnet. Zwar wäre dies kein Widerspruch gewesen im Sinne einer Bezeichnung der doppelten Eigenschaft jenes Vermögens als eines vom Verstorbenen hinterlassenen und auf den Erben übergegangenen; der Sinn der so gemeinten Formel wäre aber doch ein weniger einfacher, als wenn sie das heredem esse bedeutete, zumal die alte Rechtssprache bei derjenigen Klage, deren nächstes und einziges Object der Nachlass ist, ihn nicht hereditas, sondern familia nennt.

Daraus, dass durch die hereditatis petitio die Eigenschaft eines heres vindicirt wird, folgt nichts für die rechtliche Natur dieser Eigenschaft. Wenn übrigens die hereditatis petitio auch successionis vindicatio heisst und von der hereditas gesagt wird, sie sei nichts Anderes als eine successio, so müssen wir uns vergegenwärtigen, dass der römische Sprachgebrauch gerne Grund und Folge identificirt. Die Succession ist als solche nichts Anderes als ein Vorgang, und davon kann keine Rede sein, dass hereditas nichts Anderes bedeute als diesen Vorgang und hereditatis petitio nichts Anderes als eine Geltendmachung dieses Vorgangs. Das vielmehr darf auch schon aus der Existenz einer eigenen hereditatis petitio entnommen werden, dass es eine eigene rechtliche Eigenschaft ist, der Erbe einer bestimmten anderen Person zu sein.

Eine actio de universitate proposita (Ulp. l. 1 D. de rei vind.) ist die hereditatis petitio nicht durch ihre intentio, sondern durch den Umfang der kraft derselben geforderten Restitution. Ebenso ist eine Universalklage durch den Umfang der Theilung, deren Vollziehung sie fordert, die actio familiae herciscundae. Wie bei jener als Object der vom Beklagten geschuldeten Restitution theils die res hereditariae bezeichnet werden, theils kurzweg die hereditas, so nennt diese als Object der durch den Richter zu vollziehenden Theilung die familia. Wie aber der vom Beklagten zu restituirende Nachlass nichts Anderes ist als die Summe der von ihm besessenen Nachlassbestandtheile, und wie der Nachlass als ein vom Beklagten besessener und zu restituirender weder alle Bestandtheile des auf den Erben übergegangenen Vermögens noch ausschliesslich Bestandtheile desselben umfasst, so ist Object der Erbtheilung weder der Nachlass als eine Einheit noch der ganze Nachlass; vielmehr sind Objecte derselben diejenigen Nachlassbestandtheile, die als den Parteien gemeinsame der Theilung unter diesen bedürftig und fähig sind. Die actio familiae herciscundae verdankt dem Zwölftafelgesetze, wie ihre Existenz, so ohne Zweifel auch ihren Namen. Daran ist aber nicht zu denken, dass sie im Sinne des Gesetzes auf die ganze familia sich erstreckt hätte und die durch dessen eigene Bestimmung ihr entrückten nomina keine Bestandtheile der familia gewesen wären. Man hat dies für die Schulden deshalb angenommen, weil sie Bestandtheile des Vermögens oder der wirthschaftlichen und rechtlichen Macht ihres Subjectes nicht seien, weshalb an sich die Universalsuccession sich nicht auf sie erstrecke. Als Object der zwischen den Erben bestehenden Rechtsgemeinschaft und der Erbtheilung würde man aber das ererbte Vermögen als solches nur dann gewinnen, wenn man auch die Forderungsrechte von ihm ausschlösse, die doch Bestandtheile des Activvermögens und Objecte auch der auf die Schulden sich nicht erstreckenden Universalsuccessionen sind. Dass die familia des Zwölftafelgesetzes alle auf den Erben übergehenden Rechtsverhältnisse umfasst, zeigt der Umstand, dass es zur gesetzlichen Erbfolge durch die Worte berief: familiam habe(n)to. Hat es sowohl die gesetzliche Getheiltheit der nomina verfügt, als eine gerichtliche

Theilung der familia angeordnet, so verstand sich von selbst, dass Object dieser die familia nur war in ihren nicht schon von Rechtswegen getheilten Bestandtheilen. So ist gleich der hereditatis petitio die actio familiae herciscundae eine Universalklage nicht in dem Sinne, dass ihr Object eine universitas wäre, sondern in dem Sinne, dass sie nicht auf bestimmte bei ihrer Erhebung zu nennende oder aufzuzählende Objecte sich beschränkt, sondern auf alle den Parteien in ihrer Eigenschaft als Miterben gemeinsamen Objecte sich erstreckt. Veräussert ein Miterbe seinen Antheil an einem Nachlassbestandtheile, so ist dieser nicht mehr ein Object der actio familiae herciscundae. Hat der Verstorbene nur Forderungsrechte und Schulden hinterlassen, so hat eine durch jene actio zu theilende familia nie bestanden.

## III. Das Wesen des Erben.

Die Eigenschaft eines heres erschöpft sich nicht in seiner Succession in den Nachlass, die im einzelnen Falle ganz fehlen kann, weil der Verstorbene weder Rechte noch Schulden hinterlassen oder doch keine Schulden hinterlassen und seine Rechte durchweg Dritten zugewendet hat. Die Rechtsnachfolge des Erben äussert sich ausserdem darin, dass die dem Leichnam oder Andenken des Verstorbenen angethane Beschimpfung eine seinen Erben zugefügte iniuria ist. Diese iniuria ist dem Erben zugefügt nicht als einer mit dem Verstorbenen identischen, sondern als einer vom Verstorbenen verschiedenen Person. Wäre der Erbe mit dem Verstorbenen rechtlich identisch, so hätte die Beschimpfung des Verstorbenen dieselbe Bedeutung, wie eine während seines Lebens ihm zugefügte iniuria. Dies trifft aber nicht zu. Die dem Lebenden zugefügte iniuria begründet eine Forderung, die durch seinen Tod erlischt, weil sie den Zweck persönlicher Genugthuung verfolgt, der durch den Untergang der verletzten Person wegfällt. Ebenso erlischt jede Delictsschuld als eine das Unrecht des Delinquenten ahndende durch dessen Tod. Die Beschimpfung eines zur Zeit ihrer Vollziehung bereits Verstorbenen ist nicht mehr eine diesem zugefügte iniuria; hätte sie die rechtliche Bedeutung einer solchen, so könnte auch die dem Lebenden zugefügte iniuria nicht durch seinen Tod ihre rechtliche Bedeutung ver-

lieren. Die Beschimpfung eines Verstorbenen ist eine Beschimpfung seines Erben, weil sie dessen eigene Persönlichkeit verletzt, wie Ulpian betont mit den Worten, dass in solchem Falle nostro nomine habemus actionem; spectat enim ad existimationem nostram, si qua ei fiat iniuria (L. 1 § 4 D. de iniur. 47, 10). Von der funeri testatoris vel cadaveri angethanen iniuria sagt Ulpian (l. 1 cit. § 6), sie sei, wenn ante aditam hereditatem erfolgt, hereditati angethan, so dass die durch sie begründete Forderung heredi per hereditatem erworben werde. Wir haben es hier mit einem Falle zu thun, wo die hereditas nicht wie sonst personam defuncti sustinet, weil in diesem Falle die hereditate iacente begründete Forderung einer noch vom Erblasser erworbenen gleichstünde und daher auf den Erben nicht übergehen könnte. Dass dem Erben die Forderung per hereditatem erworben wird, bedeutet nicht ihre Entstehung hereditate iacente, sondern nur ihre durch die während jener Zeit vollzogene Beschimpfung des Verstorbenen für die Zeit des Erbschaftsantritts und die Person des Erben begründete Existenz.

Die Stellung des Erben als Rechtsnachfolger des Verstorbenen ist somit die doppelte, dass sein Vermögen erweitert ist durch den auf ihn übergegangenen Nachlass des Verstorbenen und dass seine von den Rechtsgenossen zu achtende Persönlichkeit erweitert ist durch die ihm geschuldete Achtung des Leichnams und des Andenkens des Verstorbenen. Wie Object der durch Beschimpfung des Verstorbenen begangenen iniuria, so ist der Erbe Subject der vom Verstorbenen hinterlassenen Rechtsverhältnisse als eine von diesem verschiedene Person, was insbesondere auch gilt von denjenigen Rechtsverhältnissen, die nothwendig auf den Erben übergehen, weil sie ein mögliches Object ihrer letztwilligen Zuwendung an Dritte nicht sind. Als nicht auf Andere übergegangene sind die vom Verstorbenen hinterlassenen Schulden solche, die sein Andenken belasten und seine Gläubiger dazu berechtigen, seinen Nachlass mit Beschlag zu belegen und zu verkaufen, wodurch sein Andenken dieselbe Schmach erleidet, die dem Lebenden der Verkauf seines Vermögens durch seine Gläubiger bereitet. Durch die Erbfolge werden dagegen die Schulden des Verstorbenen für ihn fremde Schulden, die nicht

mehr sein Andenken belasten und zum Verkaufe seines Nachlasses berechtigen. War doch nach Gai. II, 154 die Erbeinsetzung eigener Sclaven, die der Erbfolge sich nicht entziehen konnten, ein Mittel, um vom eigenen Andenken die Schmach der bonorum venditio abzuwenden. Diese Schmach blieb dem Verstorbenen nicht erspart, wenn es die von ihm hinterlassenen Gläubiger waren, die wegen der von ihm hinterlassenen Schulden das von ihm hinterlassene Vermögen verkauften. Kam es dagegen nach erfolgter Beerbung wegen derselben Schulden zum Verkaufe desselben Vermögens durch dieselben Gläubiger, so erlitt nun der Erbe die dadurch begründete Schmach; denn es waren nun seine Gläubiger, die wegen seiner Schulden das Vermögen als das seinige verkauften. Und diese Behandlung trat ein, obgleich in jenem Falle thatsächlich das verkaufte Vermögen mit dem Nachlasse des Verstorbenen zusammenfiel; denn anderes Vermögen hatte der durch das Testament seines Eigenthümers zu seinem Erben gewordene Sclave von vornherein nicht, und mit demjenigen, was er nachher erwarb, haftete er nach prätorischem Rechte den ererbten Gläubigern nicht. Von der Nothwendigkeit, für die ererbten Schulden mehr als das ererbte Vermögen zu opfern, wurde er also entbunden; von der Schmach aber, die der Verkauf dieses Vermögens als ein um seiner Schulden willen erfolgender Verkauf seines Vermögens für ihn begründete, wurde er nicht entbunden, weil ihre Ueberwälzung auf seine Person das einzige Mittel war, um sie dem Andenken des Verstorbenen zu ersparen.

So leistete der römische Erbe dem Verstorbenen nicht nur den Dienst des Schutzes seines Andenkens als eines solchen, dessen Antastung eine Kränkung seines Erben war, sondern auch den Dienst der Entlastung seines Andenkens, den er ihm nicht hätte leisten können, wenn er nicht als eine vom Verstorbenen verschiedene Person gegolten hätte. Er leistete ihm endlich den weiteren Dienst, ihm die Geltung seines letzten Willens zu ermöglichen. Keine letztwillige Verfügung war möglich ohne Erbfolge, die ihrerseits Object einer durch sich selbst rechtsgültigen Verfügung nur war im Falle der testamentarischen Beerbung durch ein eigenes Hauskind oder einen eigenen Sclaven. In diesem Falle war die Persönlichkeit des

Erben theils durch seine Abstammung, theils durch seine testamentarische Freilassung von der Persönlichkeit des Testators abgeleitet, weshalb er der Erbschaft sich nicht entziehen konnte. Die Erbeinsetzung eines extraneus und damit das ganze sie enthaltende Testament ist dagegen zunächst nichts als ein blosser Wunsch und wird zu einer rechtsgültigen Verfügung erst erhoben durch die Zustimmung des Eingesetzten. Seiner Erbfolge und damit, soweit sie von seinem Willen abhängt, seinem Willen verdankt also der Verstorbene nicht nur die Erhaltung seines Vermögens sowie die Erhaltung und die Entlastung seines Andenkens, sondern auch die Geltung seines letzten Willens.

Der unmittelbare Inhalt der Erbfolge erschöpft sich in der Rechtsnachfolge des Erben, die aber nicht nur eine vermögensrechtliche, sondern auch eine personenrechtliche ist, weil die Verletzung des Leichnams oder Rufes des Verstorbenen eine Kränkung seines Erben ist.

Die Rechtsnachfolge ist sonst eine Ablösung des Vorgängers durch den Nachfolger. Nicht nur wenn mein Eigenthum verdrängt wird durch die Ersitzung eines Anderen, sondern ebenso im Falle meiner Eigenthumsübertragung ist es die Entstehung des fremden Eigenthums, durch die das meinige erlischt. Die Erbfolge dagegen ist eine Ersetzung einer untergegangenen Person durch Ueberlebende. Als die seinigen können die vom Verstorbenen hinterlassenen Rechtsverhältnisse nicht mehr existiren, so dass sie untergehen müssten, wenn sie nicht auf Andere übergingen. Eine Kränkung seiner nicht mehr existirenden Person kann durch die Antastung seines Leichnams oder seines Rufs nicht mehr begangen werden, so dass ihre Ahndung unmöglich wäre, wenn sie nicht dem Erben zustünde wegen der dadurch vollzogenen Kränkung seiner eigenen Person.

Wie aber die wichtigste Bedeutung der römischen Ehe nicht durch ihren unmittelbaren Inhalt, sondern durch ihre Eigenschaft gegeben ist, die Fortpflanzung der familia zu vermitteln, so bestand die wichtigste Bedeutung der römischen Erbfolge in der durch sie vermittelten Möglichkeit rechtsgültiger letztwilliger Verfügung. Bei der Rechtsnachfolge des Erben handelt es sich darum, dass Rechtswirkungen, die für

den Verstorbenen bestanden und an sich durch seinen Tod erlöschen müssten, fortexistiren als solche, die nun für andere Personen bestehen. Beim letzten Willen dagegen handelt es sich nicht um die für andere Personen platzgreifende Fortexistenz für den Verstorbenen begründeter Rechtswirkungen, sondern um die durch seinen Willen vollzogene Begründung solcher Rechtswirkungen, die erst nach seinem Tode eintreten. Nicht in den Wirkungen, die ich erleide, sondern in den Wirkungen, die ich begründe, gipfelt der Werth meiner Persönlichkeit. Wirkungen erleiden kann ich nur, solange ich lebe, Wirkungen begründen kann ich dagegen noch für die Zeit nach meinem Tode, und in den durch meinen Willen für diese Zeit begründeten rechtlichen Wirkungen gipfelt die meiner Persönlichkeit nach meinem Tode zukommende Bedeutung. Mein Vermögen kann meinen Tod nur überdauern als fremdes Vermögen und die Antastung meiner Ehre kann nach meinem Tode rechtliche Bedeutung nur haben als Antastung fremder Ehre. Mein letzter Wille besteht dagegen nach meinem Tode zu Recht als der meinige und damit als ein vom Willen aller anderen Personen, insbesondere auch meiner Erben, verschiedener. Seine Geltung ist aber bedingt durch meine Beerbung und zwar, wovon erst die fidei commissa eine Ausnahme begründeten, durch meine kraft meiner eigenen Anordnung eintretende Beerbung. Die Anordnung dieser ist caput ac fundamentum totius testamenti (Gai. 2, 229). Sie ist dies nicht in dem Sinne, dass für das Bewusstsein des Testators jeder andere Inhalt des Testamentes ein nebensächlicher wäre. Diese Annahme würde schlecht stimmen mit Modestins Definition des Testamentes als voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit (l. 1 D. qui test. fac. 28, 1). Sie würde ebenso schlecht stimmen mit dem Wortlaute des Zwölftafelgesetzes, welcher der Erbeinsetzung gar nicht eigens gedenkt, sondern nur der Verfügung super pecunia tutelave, deren Unmöglichkeit ohne Erbeinsetzung das Gesetz voraussetzte. Ebenso tritt uns im testamentum per aes et libram die hier ursprünglich durch die familiae mancipatio vertretene heredis institutio weniger als Hauptinhalt des Testamentes denn als Bedingung der Möglichkeit seines übrigen Inhalts entgegen. In der Formel der familiae mancipatio tritt

uns diese entgegen als eine deshalb vollzogene, quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, und in der Formel der testamenti nuncupatio heisst es: ita do ita lego ita testor (Gai. II, 104). Dass hier die heredis institutio nicht erwähnt wird, mag auf dem Bedürfnisse beruhen, den Widerspruch zu verdecken, in dem ihre Vollziehung mit der ursprünglichen Bedeutung der ihr vorangegangenen familiae mancipatio stand. Jedenfalls aber weist die Reihenfolge der Worte do lego testor darauf hin, dass beim testari vor Allem an das dare (wozu auch die tutoris datio gehörte) und legare gedacht wurde.

Warum aber war die heredis institutio die Vorbedingung jeder anderen letztwilligen Verfügung? Warum war insbesondere ohne sie weder die den Nachlass nicht berührende tutoris datio noch die Vergabung bestimmter Nachlassstücke möglich? Durch die Erbfolge werden, wie wir gesehen haben, meine vermögensrechtlichen Verhältnisse erhalten als solche, die in Ermangelung anderweitiger Verfügung für meine Erben als die ihrigen bestehen; durch die Erbfolge wird mein Andenken erhalten als ein solches, dessen Antastung die Persönlichkeit meines Erben antastet, und die Erbfolge entlastet zugleich mein Andenken durch die Ueberwälzung der von mir hinterlassenen Schulden auf meine Erben. Nur derjenige nun ist irgend welcher Verfügung für die Zeit nach seinem Tode fähig, der vor Allem durch Erbeinsetzung gesorgt hat für die Erhaltung seines Nachlasses sowie für die Erhaltung und Entlastung seines Andenkens. Dadurch hat er sein Haus bestellt, und nur wenn er dies mit Erfolg gethan hat, können auch andere von ihm getroffene Verfügungen zu Recht bestehen. Darum ist auch ein für die Erbfolge nur zum Theile sorgendes Testament unmöglich; würde es doch, da auf jeden Erben die Schulden nur zu seinem Erbtheile übergehen, nicht für die volle Entlastung des Andenkens des Verstorbenen sorgen.

Sehen wir von solchen Bethätigungen des letzten Willens ab, deren rechtliche Geltung problematisch ist, so ergibt sich ausser seinem nothwendigen Inhalte, der Erbeinsetzung, als möglicher Inhalt desselben die Verfügung über Bestandtheile des eigenen Nachlasses durch Legat und manumissio, sodann die Verfügung über die Person und den Nachlass unmündiger

Hinterbliebener durch tutoris datio und pupillaris substitutio, endlich die Verfügung über die Person des Erben durch damnatio.

Durch das legatum per vindicationem und die testamentarische manumissio erweist sich der Wille des Verstorbenen als ein vom Willen des Erben durchaus verschiedener, dessen Inhalt neben der Erbfolge platzgreift und den Umfang der Succession des Erben mindert. Der Legatar bekommt den ihm zugewendeten Nachlassbestandtheil und der Freigelassene die ihm als einem Nachlassbestandtheile zugewendete Freiheit direct vom Verstorbenen. Wie die durch den Testator vollzogene Zuwendung eines Nachlassbestandtheiles streng unterschieden wird von einer durch ihn dem Erben auferlegten Zuwendung, so wird die durch das Testament verliehene Freiheit streng unterschieden vom Falle ihrer durch Testament dem Erben auferlegten Verleihung. Durch jene wird der Freigelassene orcinus libertus, und dieser Name zeigt schlagend, dass er die Freiheit dem Willen einer zur Zeit ihres Eintrittes nicht mehr existirenden Person verdankt. Wenn der Legatar den ihm zugewendeten Nachlassbestandtheil zwar nicht vom Erben, aber doch insofern auf seine Kosten erwirbt als ihn ohne das Legat der Erbe erwürbe, so gilt dasselbe von der testamentarisch verliehenen Freiheit, da der Freigelassene ohne ihre Verleihung in das Eigenthum des Erben überginge. Ein orcinus libertus ist auch der im Testamente nicht nur freigelassene, sondern zugleich zum Erben ernannte Sclave des Testators. Wie dieser servus heres überhaupt auf's Anschaulichste die Vorstellung von der Identität des Erben mit dem Verstorbenen Lügen straft, so zeigt er auch deutlich den Willen des Verstorbenen als einen vom Willen des Erben verschiedenen. Ist ein extraneus zum Erben ernannt, so könnte man sagen, dass er durch den Erbschaftsantritt den Willen des Testators sich aneigne und dadurch dessen Inhalt zum Inhalte seines eigenen Willens erhebe, was freilich der Thatsache widerspräche, dass nicht von ihm, sondern direct vom Testator sowohl der Legatar das Object des legatum per vindicationem als der testamentarisch Freigelassene die Freiheit bekommt. Ist ein suus zum Erben ernannt, so könnte man die Unabhängigkeit seiner Erbfolge und damit des ganzen

Testamentes von seinem Willen zurückführen wollen auf die angeblich schon durch seine Existenz gegebene Identität seiner Persönlichkeit mit der Persönlichkeit des Verstorbenen (S. 272 f.). Bei dem zum Erben ernannten Sclaven ist es dagegen unmöglich, die testamentarische Freilassung, ohne die er nicht Erbe werden kann, anders aufzufassen denn als Aeusserung eines dem seinigen fremden Willens, durch dessen Bethätigung erst sein eigener Wille zu einem rechtlicher Geltung fähigen wird. Dieser Wille, dem er die Persönlichkeit im Sinne der Eigenschaft eines Rechtssubjectes verdankt — und zwar die mit der Persönlichkeit des Verstorbenen nichts weniger als identische eines libertus desselben — und der ihn zum Erben des Verstorbenen ernennende Wille sind, wie überhaupt die Erbeinsetzung und die testamentarische Freilassung, zwei coordinirte Willensinhalte, die aber in Ansehung ihrer Geltung nicht von einander zu trennen sind, weil testamentarische Freiheit nicht möglich ist ohne testamentarische Erbfolge und Erbe nur der Freie sein kann. Dass die Freilassung und die Erbeinsetzung zwei neben einander getroffene Verfügungen sind, zeigt sich, wenn der Testator den Sclaven noch unter Lebenden freigelassen oder veräussert hat. Seine testamentarische Freilassung fällt dadurch weg, seine Erbeinsetzung bleibt aber bestehen als eine solche, die ihn befähigt durch Antretung Erbe zu werden bezw. seinen nunmehrigen damit einverstandenen Eigenthümer zum Erben zu machen (Ulp. 22, 12).

Von sonstigen Zuwendungen unterscheidet sich die letztwillige dadurch, dass ihre rechtliche Existenz zwar durch den Eintritt der Erbfolge, aber nicht durch die positive Annahme des Bedachten bedingt ist, und man hat darin schon etwas gesehen, das hinausgeht über das Mass der sonst dem Privatwillen eigenen Geltung. Das Erforderniss der Annahme hat aber wesentlich die Bedeutung des bis zu dieser dem Anderen möglichen Widerrufs, der im Falle letztwilliger Verfügung nicht in Frage kommt als ein durch den Tod des Verfügenden thatsächlich ausgeschlossener. Gälte der Erbe als identisch mit dem Verstorbenen, so müsste der diesem bis zu seinem Tode mögliche Widerruf nach seiner Beerbung dem Erben zustehen, während gerade durch die Erbfolge der Wille des Verstorbenen in Kraft tritt als ein vom Willen des Erben verschiedener.

Durch die Möglichkeit letztwilliger Verfügung über Nachlassbestandtheile erweist sich die vermögensrechtliche Herrschaft des paterfamilias als eine noch für die Zeit nach seinem Tode wirksame. Von seiner familienrechtlichen Herrschaft über die Seinigen gilt im Allgemeinen nicht dasselbe, weil sie durch seinen Tod ihre eigenen Herren werden, so dass eine mit ihrer nunmehrigen Selbständigkeit unverträgliche letztwillige Verfügung über ihre Person nicht möglich ist. Dagegen steht eine Verfügung über seine Hinterbliebenen dem Testator insoweit zu, als diese der rechtlichen Selbständigkeit noch nicht fähig sind. Die Gewalt des lebenden Hausvaters über das mündige Hauskind ist dieselbe wie über das unmündige; denn nicht durch seine eigene Beschaffenheit, sondern durch seine Abstammung vom Vater ist es, solange dieser lebt, von der privatrechtlichen Selbständigkeit ausgeschlossen. Durch des Vaters letzten Willen kann dagegen nicht mehr die durch seinen Tod eintretende Selbständigkeit seiner bisherigen Hauskinder beschränkt werden. Der Vater kann aber seinen unmündigen Kindern Vormünder ernennen und dadurch für die Befriedigung eines durch ihre Unmündigkeit gegebenen und der Befriedigung durch ihren eigenen Willen nicht fähigen Bedürfnisses sorgen. Er kann ausserdem für den Fall, dass sie intra pubertatem, also ohne Erreichung des die Testirfähigkeit begründenden Alters sterben, für sie ein Testament mit derselben Wirkung machen, wie wenn sie es selbst errichtet hätten. Wie jede letztwillige Verfügung, so ist auch diese in ihrer Geltung bedingt durch die testamentarische Beerbung ihres Urhebers, aber nicht durch seine Beerbung seitens der Hinterbliebenen, über deren Person oder Nachlass er verfügt. Auch seinen von ihm enterbten Hinterbliebenen kann er Vormünder und Erben ernennen, welchenfalls zwischen diesen Verfügungen und seiner eigenen Beerbung keinerlei inhaltlicher Zusammenhang besteht. Dadurch, dass der Inhalt dieser Verfügungen seine Erben überhaupt nicht berührt und trotzdem ihre Geltung bedingt ist durch seine testamentarische Beerbung, tritt ins hellste Licht die Bedeutung der Erbfolge als einer für die Geltung jeder letztwilligen Verfügung unabhängig davon erforderlichen, ob der Inhalt dieser eine Modification ihres eigenen Inhaltes begründet.

Während das legatum per vindicationem den Erben nicht obligirt, aber seine Universalsuccession einschränkt, so begründet umgekehrt das legatum per damnationem, ohne an der Universalsuccession des Erben etwas zu ändern, eine executionsreife obligatio desselben gegen den Bedachten. Dem legatum per vindicationem als einem die Succession des Erben bezüglich der auf ihn übergehenden Rechte beschränkenden könnte man versucht sein das legatum per damnationem entgegenzusetzen als ein seine Succession bezüglich der auf ihn übergehenden Schulden erweiterndes. Wäre er Subject der durch dieses ihm auferlegten Verpflichtung als ein die Persönlichkeit des Verstorbenen Fortsetzender, so hätte in der That diese Verpflichtung die Bedeutung einer vom Verstorbenen für seine eigene Person, aber erst für die Zeit nach seinem Tode übernommenen. Die Bedeutung einer solchen kann sie aber schon deshalb nicht haben, weil das römische Recht bis auf Justinian die Möglichkeit einer solchen verneint hat (S. 226). Die durch Legat dem Erben auferlegte Schuld entsteht durch letztwillige damnatio. Durch gesetzliche damnatio tritt der Wille des populus, durch private damnatio der Wille des sie Vollziehenden aufs Schroffste dem damnatus gegenüber als ein fremder Wille und zwar als ein dem Willen des damnatus überlegener, den damnatus nicht nur verpflichtender, sondern gleich der rechtskräftigen condemnatio mit Execution bedrohender. Die obligatio ex testamento greift Platz quasi ex contractu. Damit ist aber nicht etwa gesagt, dass der Erbe haftet, wie wenn er die vom Testator vollzogene Erklärung selbst vollzogen hätte. Kann doch Niemand eine damnatio vollziehen, deren Object er selbst ist. Vielmehr hat die ihm gegenüber vom Testator vollzogene damnatio dieselbe Bedeutung, wie wenn sie ihm gegenüber mit seiner Zustimmung vom Legatar vollzogen, also dessen Forderung durch nexum entstanden wäre. Unter Lebenden kann ich durch meine Handlung Rechte nur für mich begründen. Durch letztwillige Verfügung kann nicht mehr die Begründung eigener Rechte erfolgen, dafür aber die Begründung theils fremder Rechte an Bestandtheilen des eigenen Nachlasses, theils fremder Forderungsrechte gegen den eigenen Erben. Durch die Erbfolge ist also nicht nur der Nachlass der übertragenden, sondern

auch der Erbe der obligirenden Verfügung des Testators zu Gunsten Dritter preisgegeben, so dass ihm die Erbfolge nicht nur noch für die Zeit seines erfolgten Todes Verfügungen ermöglicht, deren er ohne sie nur bis zur Zeit seines Todes fähig wäre, sondern ausserdem auch solche Verfügungen, deren er für die Zeit seines Lebens überhaupt nicht fähig ist. Zwischen der Verfügung über den Nachlass und der Verfügung über die Person des Erben steht in dieser Beziehung in der Mitte die Verfügung über die unmündigen Hinterbliebenen. Während seines Lebens ist sie als Verfügung dieses Inhaltes unmöglich, weil während desselben die Seinigen weder der Vormünder bedürfen noch Erbschaften hinterlassen können; sie tritt aber an die Stelle der während seines Lebens kraft seiner väterlichen Gewalt ihm unbeschränkt zustehenden Verfügung über die Seinigen, so dass dadurch die väterliche Gewalt über den Tod hinaus fortwirkt.

Die Möglichkeit testamentarischer damnatio des Erben hatte ursprünglich keine anderen Grenzen, als die Möglichkeit eigener durch nexum vollzogener Unterwerfung unter fremde damnatio. Der Satz, dass der Gesammtbetrag der dem Erben auferlegten Legate den Werth der Erbschaft nicht zu übersteigen vermag, hat auf die testamentarische damnatio keine Anwendung finden können, solange sie die Personalexecution gegen den damnatus begründete. Durch die Möglichkeit solcher damnatio kann der Testator nicht nur über den eigenen Nachlass, sondern auch über die Kräfte des Erben zu Gunsten Dritter verfügen. Er verfügt aber über diese nicht in derselben Weise, wie über sein Eigenthum; denn er kann nicht gleich diesem das Eigenthum des Erben Dritten zuwenden, sondern nur dem Erben seine Zuwendung auferlegen.

Seiner Beerbung verdankt der Verstorbene die rechtliche Bedeutung, die seiner Persönlichkeit als einer durch den Tod erloschenen zukommt. Diese Bedeutung ist immer eine Bedeutung seines Leichnams und seines Andenkens als eines solchen, dessen Antastung eine iniuria gegen seine Erben ist, sowie eine Bedeutung seines Nachlasses als eines, soweit er nicht Dritten zugewendet ist, auf seine Erben übergehenden. Im Falle des Testamentes kommt dazu die Bedeutung seines letzten Willens als eines durch seine testamentarische Beerbung

zu Recht bestehenden und theils über seinen Nachlass, theils über seine Hinterbliebenen, theils über seine Erben selbst verfügenden. Der testamentarische Erbe ist daher nicht nur wie jeder Erbe Rechtsnachfolger des Verstorbenen, sondern ausserdem ein seinem letzten Willen zur Geltung verhelfender und durch ihn verpflichteter. Ein Vertreter des Verstorbenen ist der Erbe nicht im Sinne des Stellvertreters; denn der Verstorbene ist eine sowohl thatsächlich als für das Recht der Vergangenheit angehörende Person. Der Erbe ist aber ein solcher, der für den Verstorbenen eintritt als Vermittler der rechtlichen Bedeutung, die seinem der Vergangenheit angehörenden Dasein noch für die Gegenwart zukommt. Die rechtliche Bedeutung einer erloschenen Persönlichkeit kann nur sein eine Bedeutung für andere, existirende Personen, und ihre Bedeutung für die Lebenden ist dadurch bedingt, dass bestimmte Ueberlebende an ihr von Rechtswegen interessirt sind als solche Personen, die dem Verstorbenen nahe stehen. Cicero sagt vom Erben (de leg. 2, 19): nulla est ... persona, quae ad vicem eius, qui vita emigravit, propius accedat. Das Dasein des Erben muss mit dem Dasein des Erblassers auch zeitlich insoweit zusammenhängen, dass bei dessen Tod der Erbe wenigstens schon als nasciturus existirt haben muss (l. 6, 7 D. su. 38, 16), und mein Erbe ist, wer nach meinem Tode unter den Ueberlebenden mir rechtlich am nächsten steht. Die Eigenschaft eines Erben bedeutet also eine rechtliche Beziehung eines Lebenden zu einem Verstorbenen, die ihren Grund hat theils im Willen der Betheiligten, theils in einem sonstigen zwischen ihnen bestehenden rechtlichen Zusammenhange. Vom Willen des Erben ist diese Beziehung nur dann unabhängig, wenn er in der Gewalt des Erblassers stand, die dadurch noch über den Tod hinaus wirkt, dass die persona subiecta der Beerbung ihres Gewalthabers sich nicht entziehen kann. Im Uebrigen beruht das Erbverhältniss theils auf familienrechtlichem Zusammenhang, theils auf dem Willen des Erblassers; nicht unmittelbar auf diesem, aber auf einem durch ihn vermittelten familienrechtlichen Zusammenhange beruht die Intestaterbfolge der sui heredes. Die testamentaria hereditas unterscheidet sich von der Intestaterbfolge nicht nur durch die Verschiedenheit des Erbgrundes, sondern auch durch

den weiter gehenden Inhalt des Erbverhältnisses. Als ein an der rechtlichen Bedeutung der Persönlichkeit des Erblassers interessirter ist der testamentarische Erbe insbesondere auch interessirt an der Geltung des Testamentsinhaltes und daher insoweit, als dieser ein durch ihn auszuführender ist, zu seiner Ausführung verpflichtet.

Das Erbverhältniss ist eine rechtliche Beziehung zu einem Verstorbenen; die durch dasselbe begründeten Rechte und Pflichten sind aber rechtliche Beziehungen zu Dritten. Es ist eine eigene rechtliche Beziehung als ein von Rechtswegen existirendes und bestimmte Rechtsfolgen begründendes; sein unmittelbarer Inhalt ist aber nicht ein rechtlicher, weil es eine Beziehung zu einer untergegangenen Person ist, welcher rechtliche Bedeutung nicht mehr unmittelbar und für sich, sondern nur noch mittelbar für die Rechtsverhältnisse anderer Personen zukommen kann. Als Rechtsnachfolger des Erblassers ist der Erbe Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet. Die Antastung des Leichnams und des Andenkens des Verstorbenen ist der Erbe berechtigt als eine ihm zugefügte iniuria zu ahnden. Unterlässt er diese Ahndung, so verletzt er keine Rechtspflicht, aber die Pflicht der Pietät gegen den Verstorbenen. Würde der Erbe selbst das Andenken des Verstorbenen beschimpfen, so würde er seiner Eigenschaft als Erbe und der durch sie begründeten Pietätspflicht flagrant zuwiderhandeln, wenngleich eine rechtlicher Ahndung nicht ausgesetzte Handlung vorläge. Wo dagegen die Pflicht des Erben gegen den Verstorbenen ein Verhalten zu Gunsten Dritter fordert, da ist das sittlich dem Verstorbenen geschuldete Verhalten ein rechtlich den Dritten geschuldetes. Sowohl dadurch, dass er die ererbten, als dadurch, dass er die durch Legat ihm auferlegten Schulden nicht bezahlt, verletzt der Erbe seine Pietätspflicht gegen den Verstorbenen und seine Rechtspflicht gegen die Erbschaftsgläubiger oder Legatare. Als ein an der Bedeutung der Persönlichkeit des Verstorbenen von Rechtswegen Interessirter ist also der Erbe sowohl berechtigt, sie als Rechtsnachfolger des Verstorbenen geltend zu machen, als auch ihrer Geltendmachung durch Jeden ausgesetzt, dem gegenüber entweder seine Eigenschaft als Rechtsnachfolger des Verstorbenen oder der be-

sondere Inhalt des letzten Willens ihm eine Verpflichtung auferlegt.

Die rechtliche Eigenschaft eines Erben nennen wir auch Erbrecht. Doch ist diese Bezeichnung eine zweideutige aus mehr als einem Grunde. Sie legt die unrichtige Annahme nahe, als handle es sich um ein Recht von eigenem Inhalte neben den einzelnen, durch meine Eigenschaft als Erbe für mich begründeten Rechten. Allerdings gehen die Rechte des Erben in den auf ihn übergegangenen Rechten des Erblassers nicht schlechthin auf. Die gegen die Besitzer von Nachlasssachen den Erben zustehende und neben der Eigenschaft eines Erben durch die hereditatis petitio geltend gemachte Forderung der Restitution ist ein Recht des Erben, das dem Verstorbenen nicht zugestanden hatte; dieses Recht ist aber nicht ein Ausfluss eines neben den einzelnen ererbten Rechten existirenden Universalrechtes des Erben, sondern steht ihm lediglich zu theils zum Zwecke erleichterter Geltendmachung der ererbten Rechte, theils um auch bezüglich des auf ihn nicht übergegangenen Besitzes der vom Verstorbenen besessenen Sachen ihm dieselben Vortheile zu verschaffen, wie wenn er auf ihn übergegangen wäre. Als ein die einzelnen Rechte des Erben begründendes Recht, dessen Inhalt darin aufginge, jene zu begründen, liesse die Eigenschaft eines Erben sich bezeichnen, wenn sie eine ihn lediglich berechtigende wäre; auch dann aber wäre der Name des Erbrechtes deshalb irreführend, weil er besser auf das durch die testamentarische oder gesetzliche Berufung zur Erbschaft begründete Recht bezogen wird. Das Wort Erbrecht ist nicht gebildet vom Substantiv „Erbe", sondern vom Verbum „erben", bedeutet also sprachlich nichts Anderes als das Recht zu erben oder Erbe zu werden. Das Recht des Erben liesse sich von ihm unterscheiden als Erbenrecht, wie auch von der Erbfolge zu unterscheiden ist die Erbenfolge d. h. die Aufeinanderfolge derjenigen, die Erben eines Anderen werden oder werden können. Die Bezeichnung der Erbfolge bedeutet nicht die Eigenschaft eines Erben als solche, aber ihre wichtigste Rechtsfolge sowie den Vorgang, durch welchen diese Rechtsfolge, also auch die sie begründende Eigenschaft eines Erben Platz greift.

Der Name der Erbschaft lässt sich gleich dem lateinischen hereditas verstehen von der Eigenschaft eines Erben. So verstanden verhält die Erbschaft sich zum Erben wie die Vaterschaft, Kindschaft und Vormundschaft, die Vetterschaft, Verwandtschaft und Freundschaft zum Vater, Kind oder Vormund, zum Vetter, Verwandten und Freunde. Gleich diesen Worten haben aber die Bezeichnungen der hereditas und Erbschaft noch weitere Bedeutungen. Neben der Eigenschaft eines Vaters heisst Vaterschaft auch die sie begründende Thatsache; neben der Eigenschaft eines Vormundes heisst Vormundschaft auch der Inbegriff der durch sie gegebenen rechtlichen Beziehungen. Ebenso bedeuten die Ausdrücke hereditas und Erbschaft neben der Eigenschaft eines Erben sowohl die diese Eigenschaft begründende Thatsache der eingetretenen Beerbung als den Inbegriff der durch die Eigenschaft eines Erben gegebenen rechtlichen Beziehungen. Vetterschaft, Verwandtschaft und Freundschaft heisst nicht nur die Eigenschaft eines Vetters, Verwandten oder Freundes, sondern auch der Inbegriff der durch diese Eigenschaft mit einander verbundenen Personen; ähnlich heisst hereditas oder Erbschaft der Inbegriff der auf den Erben übergehenden Rechtsverhältnisse, die mit einander verbunden sind durch ihr gemeinsames Schicksal als bisherige Rechtsverhältnisse eines Verstorbenen und nunmehrige Rechtsverhältnisse seines Erben. Von dieser Bedeutung ist abgeleitet die Bezeichnung der hereditas oder Erbschaft für den auf den Erben noch nicht übergegangenen Nachlass, und nur in diesem Sinne ist die Erbschaft ein eigenes von allem übrigen Vermögen getrenntes Vermögen. Dass aber diese Bedeutung der hereditas als eines eigenen Vermögens keineswegs die ursprüngliche ist, zeigt der Umstand, dass sie ein solches nur ist, solange sie iacet oder darniederliegt, d. h. solange noch keine hereditas vorliegt in der unmittelbaren Bedeutung des Wortes, in der ihre Existenz zusammenfällt mit der Existenz eines heres.

Unser Sprachgebrauch pflegt das Wort Erbschaft speciell vom Nachlasse zu gebrauchen, wodurch es an einem die Eigenschaft eines Erben als solche bezeichnenden Ausdrucke fehlt. Dies hängt damit zusammen, dass im Gegensatze zum römischen, die Person und ihr Verhältniss zur Person des Verstorbenen bezeichnenden heres unser Erbe derjenige ist, der erbt oder das Erbe erhält.

Daher ist unsere Erbschaft nichts Anderes als das Erbe in seiner Eigenschaft als Object des Erbens oder des Erwerbes des Erben. Wenn Brinz (Pand. 1. Aufl. S. 658) die Erbschaft als Erwerbschaft deutet, so findet dies keine Anwendung auf die römische nicht vom Erwerbe, sondern von der Person des Erben abgeleitete hereditas. Auch der Römer spricht von einem Erwerbe der hereditas, der aber nicht ein Rechtserwerb, sondern ein Erwerb der ihren Inhaber sowohl berechtigenden als verpflichtenden Eigenschaft eines heres ist. Nur von diesem Standpunkte aus ist es kein Widerspruch, die Obligirung des Erben als eine Folge seines Erbschaftserwerbes zu bezeichnen, und unzutreffend ist die von Brinz (Pand. 1. Aufl. S. 659. 2. Aufl. III S. 5) angezogene Analogie eines Lotterielooses. Dass dieses „anstatt Gewinnes Verlust bringen" könne, ist nicht richtig; denn im schlimmsten Falle bringt es weder Gewinn noch Verlust, da der Verlust des nutzlos bezahlten Kaufpreises keine Folge seines Besitzes ist. Die Erbschaft wird erworben durch aditio oder cretio; durch jene wird die Eigenschaft, der Beruf oder das Amt eines Erben von mir angenommen oder übernommen, und die cretio ist eine Entscheidung, deren Object gleichfalls die vom Verstorbenen mir zugedachte Eigenschaft eines Erben ist als eine durch meine Entscheidung mir zukommende. Wenn es in der Cretionsformel hiess: Quod me P. Maevius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque, so ist die dadurch erworbene ea hereditas keine andere, als die vom Verstorbenen mir zugedachte testamentaria hereditas oder die Eigenschaft eines testamentarius heres. Wie jeder Erbe entweder testamentarius oder legitimus heres ist, so ist jede hereditas entweder testamentaria oder legitima, während für die Erbschaft im Sinne des Nachlasses nur von verschiedenen Gründen seines Uebergangs auf den Erben und nicht von einem durch diese gegebenen Unterschiede seiner eigenen Beschaffenheit die Rede sein kann. Man hat, um die römische hereditas adäquat wiederzugeben, das Wort Erbthum gebildet; dieses hat sich aber in unserem Sprachgebrauche nicht eingebürgert und ist im Gegensatze zur hereditas gleich der Erbschaft nicht von der Person des Erben abgeleitet. Um die Eigenschaft eines Erben auszudrücken, haben wir kein anderes,

allgemein übliches Wort als die Bezeichnung der Erbfolge, die aber jene Eigenschaft nicht als solche, sondern durch die Angabe ihrer wichtigsten Rechtsfolge bezeichnet. Ebenso identificiren die Römer hereditas und successio, verstehen aber unter dieser nicht nur den Vorgang der Succession, sondern insbesondere auch ihren Grund, und diesen betrachten sie nicht etwa als einen nach ihrem Eintritte der Vergangenheit angehörenden, sondern als eine unzerstörbare Eigenschaft des Successors, die nichts Anderes ist als die Eigenschaft eines heres, wie uns anschaulich entgegentritt in der Bezeichnung der hereditatis petitio als einer successionis vindicatio.

## IV. Der suus heres.

Wenn die Annahme, der römische Erbe setze die Person des Verstorbenen fort, daran scheitert, dass das römische Recht weder von einer mehrfachen Persönlichkeit des Erben noch von einem durch seine Erbfolge eintretenden Erlöschen seiner bisherigen Persönlichkeit etwas weiss: so gibt es doch einen Erben, bezüglich dessen die Auffassung, er setze die Persönlichkeit oder die familia des Verstorbenen fort, mit der Einheit seiner Persönlichkeit und familia sich dadurch zu vereinigen scheint, dass ihm eine von derjenigen des Verstorbenen verschiedene Persönlichkeit und familia überhaupt nicht zukommt. Dies ist der suus heres. Er ist, soviel wir wissen, der einzige vom Zwölftafelgesetze genannte heres. Wenn man aber daraus schon geschlossen hat, er sei auch der einzige von diesem Gesetze gekannte heres gewesen, so begründet jene Bezeichnung eher die umgekehrte Folgerung. Wäre damals der suus der einzige heres gewesen — und zu den sui hätte auch der Testamentserbe gehört, wenn seine Ernennung, wie Manche wollen, eine Adoption gewesen wäre —, so wäre nicht abzusehen, warum er einen doppelten Namen führte. Fragen wir aber, was dieser bedeutete, so ergeben die Worte des Gesetzes: cui suus heres nec escit, dass das Prädicat eines suus dem fraglichen Erben zukam im Verhältnisse zum Verstorbenen. Dessen sui sind die Seinigen oder die Personen, die er hinterlassen hat als solche, die zur Zeit seines Todes seiner familia angehörten oder, wenn sie nicht als postumi erst später geboren wären, angehört hätten. Das

Prädicat des suus bezeichnet somit ein von der Beerbung des Verstorbenen unabhängiges Verhältniss zu diesem, und der suus heres ist eine Person, die zum Verstorbenen in der doppelten Beziehung des suus und des heres steht; dagegen ergibt jener Name weder, dass jeder suus des Verstorbenen nothwendig ein heres desselben ist, noch dass die Erbfolge der sui anderer Art ist als diejenige anderer Erben. So ist denn auch der Sohn eines noch lebenden Sohnes zwar kein suus heres, aber doch ein suus des Verstorbenen, und der testamentarisch zum Erben ernannte, also durch den Willen des Verstorbenen erbende Angehörige ist ebensogut ein suus heres, als der ohne Testament lediglich durch seine Angehörigkeit erbende. Die Erbfolge der sui unterschied sich von derjenigen anderer Personen als eine unabhängig von ihrem Willen eintretende, wodurch das sonst der Verwandlung des Vermögens des Verstorbenen in Vermögen des Erben vorausgehende Stadium der hereditas iacens wegfiel. Der suus theilte aber diese Eigenschaft eines necessarius heres mit dem vom Testator freigelassenen und zu seinem Erben ernannten Sclaven. Mit Unrecht hat man sie daher auf die dem Erben zugeschriebene Fortsetzung der Persönlichkeit des Verstorbenen als eine dem suus von vornherein eigene zurückgeführt, während das von den Quellen nicht dem Erben, sondern der Erbschaft zugeschriebene sustinere der persona defuncti hier wegfällt und gerade der servus heres uns als eine vom Verstorbenen verschiedene Person aufs Anschaulichste dadurch entgegentritt, dass seine Ernennung dem Zwecke diente, auf ihn die Schulden des Verstorbenen überzuwälzen. Beim suus wie beim servus beruht seine Eigenschaft als necessarius heres darauf, dass er der familia des Verstorbenen angehörte. Während aber der Sclave dem auf die Erben übergehenden Vermögen des paterfamilias angehört und nicht ohne seine ihn aus jenem ausscheidende und zum Rechtssubjecte erhebende Freilassung seinen bisherigen paterfamilias beerben kann, so wird der suus durch den Tod seines paterfamilias dessen Erbe in seiner Eigenschaft als bisheriges Glied der familia des Verstorbenen und nunmehriges Haupt einer eigenen jener entsprungenen familia. Und zwar ist es seine Geburt, durch welche er als ein vom Verstorbenen aus rechter Ehe Abstammender die Fähigkeit hat,

Subject einer von derjenigen des Verstorbenen abgeleiteten familia zu sein; diese Fähigkeit konnte aber, solange sein Vater lebte, wegen seiner Angehörigkeit zu dessen familia sich nicht entfalten.

Da der suus heres erst durch den Tod seines paterfamilias zum Subjecte einer eigenen familia wird, so liegt es nahe, diese familia mit der auf ihn übergehenden familia des Verstorbenen zu identificiren und anzunehmen, dass er lediglich die familia des Verstorbenen als ihr nunmehriges Haupt fortsetze. Wie wir im Falle der Singularsuccession das Recht des Nachfolgers mit demjenigen des Vorgängers identificiren, um damit zu sagen, dass mit einziger Ausnahme der Verschiedenheit des Subjectes von jenem dasselbe gilt, was bisher von diesem gegolten hatte, so wäre danach die familia des suus heres mit der familia des Verstorbenen zwar nicht schlechthin, aber doch insoweit identisch, als nicht die Verschiedenheit ihres Subjectes ihre Identität ausschliesst. In Wirklichkeit ist dem aber nicht so. Nicht durch die Beerbung des paterfamilias, sondern unabhängig davon wird durch seinen Tod der filiusfamilias zum Subjecte einer eigenen familia, und diese ist nicht identisch mit der familia des Verstorbenen; insbesondere ist die durch dessen Tod auf den Sohn übergehende Gewalt über die eigene Frau und die eigenen Kinder nicht eine vom Vater ererbte. Auch auf den suus heres geht also die familia des Verstorbenen über als eine der eigenen familia einverleibte. Dass der suus Subject einer eigenen familia wird und dass die familia des Verstorbenen auf ihn übergeht, sind zwei neben einander eintretende Rechtsvorgänge, deren zweiter zwar nicht ohne den ersten eintreten kann, aber nicht schon durch den ersten eintritt. Sonst könnte der suus vom Erwerbe der familia des Verstorbenen nicht ausgeschlossen werden ohne capitis deminutio, und es könnte nicht der Vater dem von ihm enterbten Kinde einen Vormund ernennen. Gleich der Persönlichkeit ist die familia des Kindes mit derjenigen des Vaters nicht identisch, aber von ihr abgeleitet, und dieser Zusammenhang wird nicht zerstört durch seinen Ausschluss von der Beerbung des Vaters, ist mithin anderer Art als der Zusammenhang des Erben mit dem Beerbten. Das Bewusstsein dieser Verschiedenheit wird leicht dadurch verwischt, dass wir als etwas Ererbtes gleichmässig das durch den Tod eines Anderen

und das durch unsere Abstammung von einem Anderen uns Zukommende bezeichnen. Die zweite Bedeutung ist nicht nur im Leben die geradezu vorwiegende, sondern auch der juristische Sprachgebrauch unterscheidet sie nicht genügend von der anderen; so spricht man von einer Erbmonarchie, während in ihr der Tod des Vorgängers für den Thronerwerb des Nachfolgers nur dieselbe Bedeutung hat wie der Tod des Vaters für die Selbständigkeit des Kindes als eine bis zu jenem ausgeschlossene.

Ist aber so der Zusammenhang des Kindes mit dem Vater ein anderer als der Zusammenhang des Erben mit dem Beerbten, so wurzelt doch in jenem die Erbfolge des Kindes als eine in Ermangelung einer anderen Bestimmung Platz greifende. Die familia ist von ihrem Haupte nicht zu trennen, kann also seinen Tod nicht überdauern; seine Persönlichkeit ist aber als eine nicht durch Rechtsact, sondern durch den Naturvorgang des Todes erloschene noch nach ihrem Untergange von rechtlicher Bedeutung. Die durch den Tod des paterfamilias zu Häuptern eigener familiae gewordenen bisherigen Glieder seiner familia hängen noch rechtlich mit einander zusammen als adgnati oder als solche, die Glieder derselben familia wären, wenn ihr Haupt noch lebte. Neben meinen Angehörigen umfasst meine familia mein Vermögen, und auch dieses hört durch meinen Tod nothwendig auf als das meinige und damit (abgesehen vom Uebergangsstadium der hereditas iacens) als ein eigenes Vermögen zu existiren. Dass es aber das meinige war, behält rechtliche Bedeutung durch seine Vererbung; denn durch diese fällt es nicht an beliebige, sondern an solche Personen, die mir nahe stehen, und dass dieser individuelle Zusammenhang der Erbfolge wesentlich ist, zeigt sich daran, dass die Universalsuccession des aerarium oder fiscus nicht als hereditas bezeichnet wird. Dem Verstorbenen nahe stehende Personen sind durch seinen Willen seine Testamentserben, während sein Zusammenhang mit seinen Agnaten ein unabhängig von seinem Willen geschichtlich gegebener ist. Sein Zusammenhang mit den sui heredes ist gleich demjenigen mit allen Agnaten durch ihre Existenz gegeben [1]); zugleich beruht

[1]) Wo die Angehörigkeit lediglich auf Rechtsact beruht, ist dessen

aber die Existenz der Seinigen als solcher, die ihm ihr Dasein verdanken, auf seinem eigenen Willen. Nicht auf der Hilfsbedürftigkeit des Kindes, sondern darauf, dass es dem Vater sein Dasein verdankt, beruht nach römischem Rechte die erst durch des Vaters Tod erlöschende väterliche Gewalt. Auf der gleichen Eigenschaft des Hauskindes als eines durch den Hausvater existirenden beruht seine von seinem eigenen Willen unabhängige Erbfolge. Sie ist aber nicht eine Fortsetzung, sondern eine Umkehrung seines Verhältnisses zum lebenden Hausvater. Neben diesem war es zwar eine eigene Person und damit ein mögliches Subject einer eigenen Ehe, eigener Schulden (gegen Dritte) u. s. w., aber nicht Subject einer eigenen durch seine Angehörigkeit zu einer fremden familia ausgeschlossenen familia. Durch des Vaters Tod wird es Subject einer eigenen familia, deren Existenz der Existenz der väterlichen familia deshalb nachfolgt, weil sie durch die Existenz dieser als einer das Hauskind umfassenden ausgeschlossen war, und zugleich vereinigt das bisherige Hauskind als des Vaters Erbe mit seiner eigenen durch dessen Tod entstandenen familia die bisherige familia des Vaters als eine der seinigen schon im Zeitpunkte ihrer Entstehung einverleibte. Die Umkehrung seines Verhältnisses zum Vater, durch welche nun sein rechtliches Dasein dessen familia in sich schliesst, während es bisher der familia des Vaters angehörte, zeigt sich anschaulich darin, dass die Beschimpfung eines Verstorbenen eine seinem Erben zugefügte iniuria ist, während der paterfamilias, solange er lebte, seinerseits eine iniuria erfuhr durch die Kränkung seiner Angehörigen.

Wie nun kein Fehlschluss häufiger ist als die Verwechselung des post hoc mit dem ohne jenes nicht möglichen und so oft mit ihm zusammentreffenden, aber doch streng von ihm zu unterscheidenden propter hoc, so ist es auch eine ebenso nahe liegende als unzutreffende Folgerung, dass die familia des seinen Vater beerbenden Sohnes mit des Vaters familia deshalb identisch sei, weil der Sohn Subject einer eigenen familia wird durch den Untergang der väterlichen familia, der

---

Inhalt die rechtliche Gleichstellung mit einer dem paterfamilias ihr Dasein verdankenden Person.

er bisher angehörte, und weil seine familia nicht nur zeitlich die väterliche ablöst, sondern auch von ihr abstammt und gleichzeitig mit ihrem Untergange zur Entstehung gelangt als eine ihre vererblichen Bestandtheile in sich schliessende. Die familia des Sohnes stammt aber von der väterlichen nicht ab durch den Tod des Vaters, sondern durch die Geburt des Sohnes, und sie entsteht mit des Vaters Tod nicht durch seine Beerbung, sondern lediglich durch seinen Wegfall. Wäre des Sohnes familia mit der väterlichen identisch, so müsste auch seine Erhebung zum paterfamilias mit seiner Beerbung des Vaters identisch sein, während sie zwar regelmässig mit dieser zusammenfällt, aber ohne dieselbe eintritt im Falle seiner Enterbung.

Dafür, dass der suus heres des Verstorbenen durch den Tod des von ihm beerbten paterfamilias lediglich zum Haupte derselben familia werde, deren Glied er schon bisher war, beruft man sich namentlich auf die berühmte Ausführung des Paulus in l. 11 D. de lib. et post. 28, 2. Sie betont, dass der suus durch seine Erbfolge lediglich Herr eines Vermögens werde, als dessen Herr er schon bisher gewissermassen galt, und dass er daher durch den Tod seines Vaters nicht sowohl eine Erbschaft zu machen scheine als die freie Verwaltung eines Vermögens erlange, an dem er schon bisher Theil nahm. Daher sei er auch Herr ohne Erbeinsetzung, und dem stehe nicht entgegen, quod licet eos exheredare, quos et occidere licebat. Dieser letzte Hinweis kann nur bedeuten, dass die Theilnahme des Sohnes am Vermögen des Vaters und der kraft derselben durch den Tod des Vaters eintretende Uebergang seines Vermögens auf den Sohn keine Schranke des väterlichen Willens bildet, mithin nicht Platz greift als ein durch diesen ausgeschlossener, was sich von selbst verstehe angesichts der ursprünglich sogar das ius vitae ac necis in sich schliessenden väterlichen Gewalt. Paulus betont aber nur die Möglichkeit der Enterbung als eine jener Auffassung nicht entgegenstehende, dagegen nicht, wie viele Neuere, ihre Nothwendigkeit als eine jene Auffassung begründende. Wenn er ausserdem auf die Bezeichnungen des paterfamilias und filiusfamilias als solche sich beruft, die dem Vater und dem Sohne dieselbe familia zuschreiben

> sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo, qui genitus sit,

so hat dies keine Bedeutung für die Frage, ob die familia deren Subject der Sohn nach dem Tode des Vaters ist, dieselbe ist, deren Subject der Vater war; denn filiusfamilias ist der Sohn nicht mehr, sobald der Vater nicht mehr lebt, sondern nur in seiner Eigenschaft als Bestandtheil der familia des Vaters. Paulus betont die Thatsache, dass der suus nicht nur der familia des Vaters angehört, sondern auch an dessen sachlicher familia Theil nimmt. Mein Vermögen ist ein Mittel der Befriedigung meiner Bedürfnisse. Zugleich aber sind die Meinigen solche Personen, deren Bedürfnisse einen Bestandtheil meiner eigenen Bedürfnisse bilden. Also ist auch für die Meinigen mein Vermögen ein Mittel der Befriedigung ihrer Bedürfnisse, mithin in bestimmtem Sinne zugleich ihr Vermögen. Es ist aber ein solches nur dadurch, dass ihre Bedürfnisse vermöge des Zusammenhangs ihrer Person mit der meinigen für mich als eigene Bedürfnisse existiren. Die Theilnahme der Meinigen an meinem Vermögen ist daher nur eine thatsächliche und nicht eine rechtliche. Dass sie dem römischen Juristen genügt, um die sui als solche zu bezeichnen, die quodammodo domini sind, ist nicht verwunderlich. Wie er ihnen am ganzen Vermögen des paterfamilias eine gewisse Theilnahme deshalb zuschreibt, weil es thatsächlich zugleich ein Mittel zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse ist, so wird dem Hauskinde im peculium sogar ein eigenes dem Vermögen des Vaters entgegengesetztes Sondervermögen zugeschrieben wegen der seinem peculium eigenen Bestimmung, seinen individuellen Sonderbedürfnissen zu dienen. Und doch liegt ein Vermögen im Rechtssinne auch hier nicht vor, da das peculium für den väterlichen Willen keine Schranke bildet und seine besondere es vom übrigen Vermögen des Vaters unterscheidende Bestimmung dem eigenen jederzeit widerruflichen Willen des Vaters verdankt.

Die Römer unterschieden überhaupt nicht ängstlich zwischen Recht und Rechtsinhalt und damit zwischen der rechtlichen Theilnahme an jenem und der thatsächlichen Theilnahme an diesem. So bezeichnet Modestin (l. 1 D. de rit. nupt. 23, 2) die nuptiae als divini et humani iuris communi-

catio, obwohl sie eine wirkliche Rechtsgemeinschaft nicht begründen. Während aber die unter Ehegatten bestehende wenngleich nur thatsächliche Gemeinschaft doch daran zweifeln liess, ob unter ihnen ein furtum möglich sei (l. 1 D. act. rer. am. 25, 2), so war es nie bezweifelt, dass am paterfamilias das eigene Hauskind ebensogut ein furtum begehen kann als der eigene Sclave. Sagt Paulus, dass die Hauskinder etiam vivo patre quodammodo domini existimantur, so sagt er nicht minder von der dem Hause ihres Ehemannes gar nicht angehörenden Ehefrau, dass Manche die Möglichkeit eines furtum derselben deshalb verneinen, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret, und wenn er seinerseits jene Möglichkeit statuirt, so constatirt er sie ausdrücklich als eine für die Ehefrau ebenso bestehende wie für das Hauskind, nimmt sie also nicht etwa deshalb an, weil jene weniger quodammodo domina wäre als dieses. Nicht allein auf die thatsächliche für die Ehefrau ebenso bestehende Hausgemeinschaft, sondern auf diese in Verbindung damit, dass die Erbfolge der sui heredes unmittelbar durch den Tod des Beerbten eintritt, gründet sich der Satz des Paulus, dass sie non hereditatem percipere videntur sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. Dass durch den Tod des Vaters das Hauskind nur die freie Verwaltung eines schon bisher ihm eigenen Vermögens erlange, kann nicht als die Anschauung des Rechtes, sondern nur als Anschauung des Lebens gemeint sein, das an den schon bisher dem Hauskinde zukommenden Mitgenuss des väterlichen Vermögens sich hält. Dieser ist aber seitens der Ehefrau nicht nur in gleichem, sondern sogar in höherem Maasse vorhanden, da sie mit dem Vermögen des Mannes thatsächlich freier schaltet als das Kind mit dem Vermögen des Vaters, weshalb auch für sie und nur für sie die Möglichkeit eines furtum bestritten war. Erbin des Mannes wird aber die Frau nur im Falle ihrer Erbeinsetzung und des durch sie vollzogenen Antrittes der Erbschaft. Wird sie seine Erbin, so verfügt sie nun gleichfalls frei über ein Vermögen, an dem sie schon früher thatsächlich theilnahm; im Gegensatze zum suus heres liegt aber zwischen ihrer gegenwärtigen und ihrer früheren Beziehung zu jenem Vermögen die Zwischenzeit der hereditas iacens. Deren Wegfall betonen die Worte

des Paulus: in suis heredibus ... continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse. Dass etwas so oder so zu sein videtur, kann blossen Schein bedeuten, bedeutet aber im Munde der Juristen in der Regel die rechtliche Wirklichkeit, und so auch hier. Durch die continuatio dominii d. h. durch den Uebergang des Vermögens auf die Erben fällt das Zwischenstadium der hereditas iacens weg, und demgemäss verneint Paulus im Falle des suus heres die Existenz einer hereditas nicht sowohl für die Gegenwart als für die Vergangenheit (nulla videatur hereditas fuisse). Wenn er aber beifügt, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur, so bringt er dadurch zwei Dinge mit einander in Verbindung, die allerdings beim suus heres zusammentreffen, aber an sich von einander unabhängig sind; denn der sofortige Eintritt der Erbfolge und der dadurch gegebene Ausschluss einer hereditas iacens trifft auch beim servus heres zu, der nicht schon bei Lebzeiten des Beerbten quodammodo dominus war, wogegen quodammodo domina auch die Ehefrau ist, ohne dass im Falle ihrer Ernennung zur Erbin des Mannes ihre Erbfolge sofort einträte. Hat aber der suus heres das rechtliche Moment der von seinem Willen unabhängigen continuatio dominii mit dem servus heres und das thatsächliche Moment der Erhebung zum Subjecte eines schon vorher in seinem Mitgenusse befindlichen Vermögens mit dem zur Erbschaft berufenen Ehegatten gemein, so ist ihm ausschliesslich eigen, dass seine Erbfolge nicht schon durch die Ernennung anderer Erben, sondern erst durch seine mit jener verbundene Enterbung ausgeschlossen wird.

Wie die Unmöglichkeit aufkam, sui anders als durch positive Enterbung von der Erbschaft auszuschliessen, ist höchst bestritten. Bestritten ist insbesondere, ob dem späteren ihre Nothwendigkeit statuirenden Rechte eine Zeit ihrer Ueberflüssigkeit oder umgekehrt eine Zeit ihrer Unmöglichkeit vorhergegangen ist. Von selbst versteht sich ihre Unmöglichkeit für eine Zeit, die zwar schon die Erbfolge der sui, aber noch nicht das Testament kannte, und die Annahme einer solchen Zeit ist um so weniger willkürlich, da ohne Zweifel die Grundbegriffe des römischen Privatrechtes älter sind als die Existenz des römischen Staates, während das

Testament durch seine älteste Form sich erweist als ein innerhalb des populus Romanus entstandenes. Dagegen besteht kein Grund für die Annahme, dass je das Testament an der Erbfolge der sui eine unübersteigliche Schranke gehabt hätte. Eine solche statuirt neuerdings Schirmer (in dieser Zeitschr. 2, 165 ff.) dadurch, dass er mit der rechtlichen vom Willen des Hausvaters unabhängigen Theilnahme der Hausangehörigen am Hausvermögen Ernst macht, zugleich aber sie in eine vorgeschichtliche, die Möglichkeit der Enterbung noch nicht kennende Zeit verlegt. Zur Annahme einer solchen können die Aeusserungen der römischen Juristen über die Stellung der sui nicht berechtigen, da keinesfalls zu ihrer Zeit noch eine Erinnerung jenes Zustandes bestand. Ebensowenig weist auf ihn hin die von Schirmer betonte Eigenschaft der sui als necessarii heredes, die eine nicht für den Testator, sondern für den Erben bestehende Nothwendigkeit bedeutet. Wenn endlich nach Schirmer die zwölf Tafeln durch ihre Bestimmung über die Intestaterbfolge aussprechen, „dass es bei Vorhandensein eines suus eben zur Erbfolge nicht kommt", so sprechen sie doch gerade vom suus heres. Ein eigenes Recht der sui am Vermögen des paterfamilias liesse als ein mit der Möglichkeit seiner Entziehung durch exheredatio vereinbares sich nur annehmen, wenn diese die Bedeutung der Ausscheidung des suus aus der familia hätte, was aber offensichtlich nicht zutrifft, da die Enterbung die Agnation unberührt lässt. Auch wäre von diesem Standpunkte aus unverständlich die prätorische Ausdehnung des Erfordernisses der Erbeinsetzung oder Enterbung auf den der familia des Verstorbenen nicht angehörenden und die Erbschaft erst durch Antretung erwerbenden emancipatus. Dass nicht nur im Verhältnisse zu den Agnaten, sondern auch im Verhältnisse zum Verstorbenen die Enterbung keineswegs alle durch die Angehörigkeit des Enterbten zu seiner familia begründeten Rechtsfolgen ausschloss, zeigt der Umstand, dass der paterfamilias auch seinen enterbten unmündigen Kindern Vormünder und durch pupillaris substitutio Erben ernennen konnte.

Als selbstverständlich betrachtet man es vielfach, dass die Nothwendigkeit der Erbeinsetzung oder Enterbung der sui eine spätere Einschränkung der von den zwölf Tafeln gewähr-

leisteten Testirfreiheit ist. Doch lässt sich jene Nothwendigkeit als eine durch dieses Gesetz ausgeschlossene nicht bezeichnen. Gewährte es nach Pomponius (l. 120 D. V. S.) die latissima potestas et heredes instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi, so ist damit nur die inhaltliche Schrankenlosigkeit der letztwilligen Verfügung gemeint, während über ihre Form, wie überhaupt über die Formen der Rechtsacte, die zwölf Tafeln nichts bestimmt haben. Dem Inhalte des letzten Willens ist aber durch die Nothwendigkeit, der sui zu gedenken, keine Schranke gezogen. Von einem späteren Gesetze, das diese Nothwendigkeit statuirt hätte, wissen wir nichts, und wenn ein solches die bisher gültige Einsetzung anderer Erben ohne Einsetzung oder Enterbung der sui für nichtig erklärt hätte, so hätte es in einem Punkte, in welchem der Römer auf seine Macht und Freiheit besonders stolz und auf ihre Bethätigung besonders bedacht war, unternommen, was sonst die Gesetzgebung der Republik nicht leicht wagte, einer von den zwölf Tafeln gewährleisteten Verfügung jede Geltung zu entziehen. Und diese Einschränkung einer von den zwölf Tafeln gewährten Machtvollkommenheit müsste schon sehr frühe erfolgt sein; denn wie hätte sonst, was selbst in diesem Falle kaum glaublich ist, die Erinnerung an das Gesetz, durch das sie erfolgte, verloren gehen sollen? Ist die Nothwendigkeit der Erbeinsetzung oder Enterbung der sui erst nach den zwölf Tafeln aufgekommen, so ist sie aufgekommen durch Gewohnheitsrecht und ohne Widerspruch oder doch ohne bewussten Widerspruch gegen die Grundsätze des Gesetzes. Einen solchen Widerspruch enthielt die Zulassung der querela inofficiosi[1]), für welche das Eingeständniss desselben gegeben ist durch den ihn äusserlich verdeckenden color insaniae.

Bestritten ist, was für die Ausbildung des Enterbungsrechtes sich entnehmen lässt aus Cic. de oratore I, 38. Hier ist die Rede von einem miles, dessen Vater auf Grund der falschen Nachricht von seinem Tode

[1]) Eisele (in dieser Zeitschr. XV, 256 ff.) hat wahrscheinlich gemacht, dass es zweierlei querela inofficiosi gab; hier ist natürlich die von ihm sog. „Centumviralquerel" gemeint, wobei dahingestellt bleibt, ob nicht, wie Eisele ausführt, gerade sie ursprünglich den Namen der querela nicht führte.

testamentum mutasset et, quem ei visum esset, fecisset heredem,

worauf nach des Vaters Tode

res delata est ad centumviros, cum miles domum revenisset egissetque lege in hereditatem paternam testamento exheres filius.

Es heisst nun, dass

in ea causa quaesitum est de iure civili, possetne paternorum bonorum exheres esse filius, quem pater testamento neque heredem neque exheredem scripsisset nominatim.

Wir dürften auch ohne das Zeugniss des Valer. Max. 7, 7, 1 in Uebereinstimmung mit dem späteren Rechte annehmen, dass diese Frage verneint würde, woraus aber nicht folgt, dass dem bisherigen Rechte ihre Bejahung entsprochen hätte. Vielmehr war vor jenem Falle die Frage noch nicht zur Entscheidung gelangt, hatte sich also die Nothwendigkeit ihrer Entscheidung noch nicht erhoben. Dies kann den doppelten Grund gehabt haben, dass bisher die stillschweigende Enterbung der Söhne nicht vorgekommen war, und dass diese sie sich hatten gefallen lassen. Traf die zweite Voraussetzung zu, so hätte, wenn auch nicht unbedingt, so doch für den Fall, dass der übergangene Sohn keinen Widerspruch erhob, die Möglichkeit seiner stillschweigenden Ausschliessung von der Erbschaft festgestanden und hätte dadurch, dass zum ersten Mal ein Sohn sie anfocht, nicht der Grundsatz ihrer unbedingten Nichtigkeit, sondern höchstens der Grundsatz ihrer Anfechtbarkeit aufkommen können, wie er thatsächlich zur Geltung gelangte für das wegen unverdienter Enterbung durch den Enterbten angefochtene Testament. War dagegen bisher der Ausschluss des Sohnes von der Erbschaft des Vaters nicht ohne ausdrückliche Enterbung vorgekommen, so musste sich nun die Frage erheben, ob die bisher thatsächlich allgemein beobachtete Uebung eine rechtlich nothwendige sei. Nahm man ihre Nothwendigkeit an, so war selbst die absichtliche Ausschliessung von der Erbschaft ohne ausdrückliche Erklärung ungültig, um so mehr also die hier (l. c. 57) vorliegende unabsichtliche. Cicero erwähnt als wirk-

samstes Mittel, um die Sache des Soldaten als Anwalt zu verfechten, die Berufung auf den Verstorbenen, der, wenn er seine Stimme erheben könnte, dem Gerichte seinen Sohn aufs Angelegentlichste empfehlen würde, und die dadurch erzielte möglichste Herabsetzung der Geltung des Zwölftafelsatzes: uti lingua nuncupassit. Diesen und nicht den speciell die Testamentsfreiheit gewährleistenden Satz (uti legassit) nennt er als einen dem Anspruche des Sohnes entgegenstehenden, weil dessen Erbfolge nur dem Wortlaute des Testamentes und dadurch demjenigen Zwölftafelsatz zuwiderläuft, welcher bei der mancipatio den Wortlaut der nuncupatio für entscheidend erklärt. Wäre dieser Fall der Anlass dafür gewesen, den bisher schon durch seine Uebergehung gegebenen Ausschluss des Sohnes von der väterlichen Erbschaft nicht mehr ohne seine ausdrückliche Enterbung eintreten zu lassen, so wäre nicht zu verstehen, warum dieses Erforderniss sich nicht auf Fälle derselben Art beschränkt, also auf solche, wo die Existenz des suus dem Vater nicht bekannt oder doch nicht unstreitig bekannt war. Trifft doch nur für solche Fälle die Argumentation zu, dass der Vater den Ausschluss des Sohnes von seiner Beerbung nicht beabsichtigte, dass also die Erbfolge des Sohnes zwar dem Wortlaute des Testamentes, aber nicht dem Grundsatze der Testirfreiheit zuwiderläuft. War es dagegen hergebracht, Söhne entweder zu Erben einzusetzen oder ausdrücklich zu enterben, so begründeten, wenn jetzt zum ersten Male die Uebergehung eines solchen vorkam, die besonderen Umstände, unter welchen sie erfolgte, nicht die Forderung eines bisher nicht üblichen Verhaltens, aber um so mehr die Ueberzeugung von der Rechtsverbindlichkeit der bestehenden Uebung, da das Bedenken, welches gegen sie aus der gesetzlich gewährleisteten Verfügungsfreiheit hergeleitet werden konnte, im vorliegenden Falle wegfiel. Wäre dieses Bedenken ein für alle anderen Fälle entscheidendes und nur für den vorliegenden Fall durch die Rücksicht auf den Willen des Testators als einen nicht auf Ausschliessung seines Sohnes gehenden überwundenes gewesen, so hätte nicht die unbedingte Nothwendigkeit der Erbeinsetzung oder Enterbung, sondern nur die Ungültigkeit desjenigen Testamentes angenommen werden können, dem gegenüber die Vermuthung oder doch die

Möglichkeit bestand, dass der Vater die Existenz des übergangenen Sohnes nicht kannte.

Dass der von Cicero berichtete Fall bezüglich der Enterbung der Söhne nicht nur die Ueberzeugung von der rechtlichen Nothwendigkeit der thatsächlich schon bisher beobachteten Uebung befestigte, sondern eine Neuerung veranlasste, nehmen in verschiedener Weise an Adolf Schmidt (Das formelle Recht der Notherben S. 57 f.) und Karlowa (Röm. Rechtsgesch. II S. 889). Schmidt nimmt an, das fragliche Testament habe eine exheredatio inter ceteros enthalten, und aus diesem Anlasse sei für Söhne das neue Erforderniss einer exheredatio nominatim facta aufgestellt worden. Cicero berichtet aber nichts von einer expressis verbis vollzogenen exheredatio, die, wie Karlowa mit Recht bemerkt, nicht bewiesen ist durch die Worte: testamento exheres filius. Wenn der Vater, weil er seinen Sohn für todt hielt, zum Erben ernannte, quem ei visum esset, so hatte er offenbar andere Kinder nicht, so dass es an jedem Grunde, ja an jeder Möglichkeit fehlte, eine exheredatio zu vollziehen. Im Gegensatze zu Schmidt nimmt Karlowa an, die Nothwendigkeit, den Sohn zum Erben zu ernennen oder zu enterben, habe schon damals festgestanden, aber nicht die nun aus Anlass jenes Falles festgestellte Ungültigkeit eines den Sohn aus Irrthum übergehenden Testamentes. Sollte aber, wenn es feststand, dass absichtliche Uebergehung den Sohn von der Erbschaft nicht ausschliesst, dies haben zweifelhaft sein können für den Fall der Uebergehung aus Irrthum? Man konnte dies nur annehmen, wenn man die Erwähnung des Sohnes als Object einer väterlichen Pflicht und die Ungültigkeit des ihn nicht erwähnenden Testamentes als Folge einer Pflichtwidrigkeit ansah, die allerdings nicht vorlag, wenn der Vater die Existenz des Sohnes nicht kannte. Dass der väterlichen Gewalt auch Pflichten des Vaters zur Seite stehen, haben die Römer nie verkannt. Fremd war ihnen aber der Gedanke einer Bedingtheit der väterlichen Rechte durch die Erfüllung der väterlichen Pflichten, und es wäre ein flagranter Widerspruch gegen die Unbedingtheit sowohl der väterlichen Gewalt als der durch die zwölf Tafeln gewährleisteten Testirfreiheit gewesen, wenn die Gültigkeit des väterlichen Testamentes abgehangen hätte von der Erfüllung

bestimmter väterlicher Pflichten. Ein sie verletzendes Testament konnte nicht iniustum, sondern nur inofficiosum sein, und die Ungültigkeit des testamentum inofficiosum ist jünger als die Ungültigkeit des den Sohn übergehenden Testamentes, sie ist blosse Anfechtbarkeit und ist vermittelt durch den color insaniae. Dass in Ciceros Fall die Uebergehung eine unabsichtliche war, konnte die Annahme der Nichtigkeit des Testamentes nur um so unbedenklicher erscheinen lassen und entkräftete zugleich einen Einwand, den man sonst aus der Thatsache jener Uebergehung gegen die Existenz eines sie nicht zulassenden Gewohnheitsrechtes hätte entnehmen können. Jede Zuwiderhandlung gegen eine Gewohnheit begründet eine Ausnahme von ihrer Allgemeinheit und veranlasst, wenn sie nicht etwa mit dem Bewusstsein des Unrechts erfolgt, die Frage, ob trotz derselben die Gewohnheit allgemein genug ist, um eine Rechtsgewohnheit zu sein. War aber im vorliegenden Falle der Sohn aus Unkenntniss seiner Existenz übergangen, so lag überhaupt keine bewusste Zuwiderhandlung gegen die Uebung, Söhne nicht zu übergehen, vor, so dass aus diesem Falle ein Zweifel an der Allgemeinheit jener Uebung nicht abgeleitet werden konnte.

Zu Ciceros Zeit war die Nothwendigkeit namentlicher Enterbung der Söhne eine feststehende. Des von ihm in Bezug genommenen Falles gedenkt Cicero nicht als eines erst neuerdings vorgekommenen. Wie ihn das Gericht entschied, erwähnt er ohne Zweifel deshalb nicht, weil Jeder wissen konnte, wie ihn das Gericht entscheiden musste. Die wirksamsten — nicht juristischen, sondern oratorischen — Gründe für die Geltendmachung und Bestreitung der Gültigkeit des Testamentes erwähnt er ohne Hinweis auf die von den Parteien wirklich vorgebrachten Gründe; bezüglich dieser scheint also eine Ueberlieferung zu seiner Zeit nicht bestanden zu haben, was sowohl für ein höheres Alter jenes Falles als dagegen spricht, dass bei seiner Verhandlung und Entscheidung ein der bisherigen Uebung widersprechender Rechtssatz eine Rolle gespielt hätte.

Cicero sagt, es könne nach ius civile (quaesitum est de iure civili) nicht paternorum bonorum exheres esse filius, quem pater testamento neque heredem neque exheredem scripsisse

nominatim. Dabei fällt auf die Erwähnung der Erbeinsetzung, durch die man ja nicht von der Erbschaft ausgeschlossen, sondern zur Erbfolge berufen wird. Warum heisst es nicht einfach, der Sohn könne nicht exheres sein, ohne im Testamente nominatim für exheres erklärt zu sein? Und was soll es bedeuten, dass nach der Wortstellung (neque heredem neque exheredem scripsisset nominatim) nicht nur die Enterbung, sondern auch die Erbeinsetzung des Sohnes eine nominatim zu vollziehende ist? Kann der Sohn nicht exheres sein ohne namentliche Erbeinsetzung oder Enterbung, so kann er es auch durch jene werden, nennt also Cicero exheres nicht nur den von der Erbschaft ganz ausgeschlossenen, sondern auch den durch Einsetzung auf einen kleineren als den ohne Testament ihm zukommenden Erbtheil von einem Theile der Erbschaft ausgeschlossenen Sohn. Der Sohn kann also von keinem Theile der ohne Testament ihm zufallenden Erbschaft ausgeschlossen werden ohne namentliche Erbeinsetzung oder Enterbung. Wie steht es aber in dieser Beziehung mit anderen sui? Zur Zeit der classischen Juristen konnten sie von der Erbschaft ganz ausgeschlossen werden durch eine nicht nominatim, sondern nur inter ceteros vollzogene Enterbung. Liegt keinerlei Enterbung vor, so sind sie von der Erbschaft nicht ganz, aber doch zum Theile ausgeschlossen, indem sie scriptis heredibus accrescunt. Sie gelten also als stillschweigend neben den ausdrücklich ernannten Erben eingesetzt, so dass es nicht nur eine anders als nominatim vollzogene Enterbung, sondern auch eine anders als nominatim vollzogene Erbeinsetzung derselben gibt. Fragen wir nun, ob schon zu Ciceros Zeit jener Unterschied der Söhne und anderer sui bestand, so ergibt sich dies zunächst als möglich durch den Umstand, dass er nur vom Sohne redet und verlangt, dass dieser nominatim berücksichtigt sei; denn dadurch deutet er an, dass es noch eine andere, dem Sohne gegenüber nicht genügende Art testamentarischer Berücksichtigung gibt. Dadurch aber, dass er von einem Vater spricht, der weder die Erbeinsetzung noch die Enterbung des Sohnes nominatim vollzogen hat, deutet er geradezu an, dass es für andere sui nicht nur eine anders als nominatim vollzogene Enterbung, sondern auch eine anders als nominatim vollzogene Erbeinsetzung gibt, dass er

also schon die für übergangene Töchter und Enkel von den Juristen angenommene stillschweigende Erbeinsetzung kennt[1]).

Die Begriffe der familia und der gens waren älter als die Existenz des römischen Staates. Nach der ältesten Eintheilung des populus gehört der einzelne Bürger einer bestimmten curia an durch seine Angehörigkeit zu einer bestimmten gens, ohne dass uns diese als eine organisirte Einheit entgegenträte. Wahrscheinlich ist sie aber einmal eine solche gewesen und war ursprünglich das Verhältniss der gens zur familia ein anderes als das in geschichtlicher Zeit uns begegnende. Die Einheit des Staates hat die Einheit der gens gesprengt und die dem römischen Rechte eigene strenge Einheit der familia begründet. Dem Staate verdankte der Wille des paterfamilias die Unbegrenztheit seiner privatrechtlichen Geltung und insbesondere seine Geltung noch über die Zeit seines Lebens hinaus. Dagegen war gleich den Begriffen der familia und der gens die auf ihnen beruhende Familienerbfolge älter als die Existenz des populus Romanus. Die Erbfolge der sui heredes tritt durch die Art, wie die zwölf Tafeln ihrer gedenken, uns entgegen als eine vom Gesetze unabhängige. Eine solche war sie nicht im Sinne der Unmöglichkeit ihrer gesetzlichen Aenderung oder Aufhebung; denn einmal dem Dasein des populus eingegliedert ist das private Dasein auch der Aenderung durch den Willen des populus ausgesetzt. Vom Willen des populus unabhängig war vielmehr die Familienerbfolge nur im Sinne ihrer der Existenz des populus vorangegangenen Entstehung, und dies gilt nicht nur von der Erbfolge der sui, sondern insbesondere auch von derjenigen der gentiles. Tritt uns doch im römischen Staate die Bedeutung der gens durchweg entgegen als eine absterbende und als ein Ueberrest ihrer ursprünglich viel weiter reichenden Bedeutung. Wie die Erbfolge der sui in den zwölf Tafeln nicht angeordnet, sondern vorausgesetzt ist, so ist auch die Erbfolge der

[1]) Diese ist allerdings in einem anderen und weitergehenden Sinne eine nicht nominatim vollzogene als die inter ceteros vollzogene Enterbung; Cicero konnte aber wohl das Wort nominatim im Sinne unseres ausdrücklich gebrauchen und unter einer nicht ausdrücklichen theils eine durch blosse Unterlassung vollzogene, theils eine die einzelnen von ihr betroffenen Personen nicht bezeichnende Erklärung verstehen.

Agnaten und Gentilen vom Gesetz nicht angeordnet, sondern (als eine der Erbfolge der testamentarii und sui heredes nachstehende) zugelassen durch die Worte: familiam habe(n)to[1]). Diese bedeuten nicht ihre gesetzliche Ernennung zu Erben, da sie sonst weder die Erbschaft ausschlagen noch sich einen anderen Erben substituiren könnten: kann doch der letztwillig Ernannte die Erbschaft nicht abtreten, und dass er erst durch ihre Antretung Erbe wird, beruht darauf, dass durch den Privatwillen andere Personen als Objecte der eigenen Hausgewalt nicht ohne ihr Zuthun Erben werden können. Der Imperativ: familiam habento ist wie so oft in den zwölf Tafeln nicht Imperativ des Gebots, sondern Imperativ der Gestattung, und wenn er den Agnaten und Gentilen gestattet, den Nachlass zu haben, so verträgt sich diese Fassung des Gesetzes aufs Beste mit der Annahme, dass es um hergebrachtes vom Gesetze bestätigtes Recht sich handelt. Durch ihre Gewährleistung der Testirfreiheit haben aber die zwölf Tafeln das Recht der Familie eingeschränkt auf den Fall nicht eintretender testamentarischer Beerbung. Das Recht der Agnaten und Gentilen hat dadurch gleich demjenigen der sui nicht aufgehört, aus dem vom Willen des Testators unabhängigen Grunde des Familienzusammenhanges Platz zu greifen. Es ist ihm aber das Recht des paterfamilias, über seinen Nachlass zu verfügen, als ein ihm vorgehendes zur Seite getreten. „Die Familienverbindung ... ist älter als die Staatsverbindung, welche erst die Ernennung von Erben ermöglichte; einmal entstanden ist aber die Staatsverbindung der Familienverbindung überlegen und erweist diese Ueberlegenheit durch die Möglichkeit des testamentarischen Ausschlusses der kraft Familienrechts eintretenden Erbfolge." Diese von mir (in dieser Zeitschr. 3 S. 218) für das Verhältniss des paterfamilias zum Rechte der sui gebrauchten Worte finden in gleicher Weise Anwendung auf

[1]) Unhaltbar ist die entgegengesetzte Auffassung meiner Beiträge zur Gesch. des röm. Erbr. S. 118 ff. Für den proximus adgnatus vermuthet Karlowa (Röm. Rechtsgesch. 2, S. 882), dass er seinen Vorzug vor den übrigen gentiles erst den zwölf Tafeln verdankt, was aber nicht wahrscheinlich ist angesichts des Umstandes, dass das Gesetz die Unterscheidung der adgnati und der gentiles sowie der näheren und der ferneren Agnaten als eine gegebene voraussetzt.

das Recht der Agnaten und Gentilen. Auch dieses ist durch die gesetzliche Gewährleistung der Testirfreiheit nicht unbedingt aufgehoben, sondern nur seiner testamentarischen Aufhebung preisgegeben. Gleich der legitima hereditas kann die legitima tutela der Agnaten und Gentilen durch Testament ausgeschlossen werden, greift aber, wenn dieser Ausschluss nicht erfolgt ist, kraft Familienrechtes Platz. In demselben Verhältnisse steht nach dem Rechte der Kaiserzeit das Recht des Vaters am peculium castrense zur Testirfreiheit des Sohnes als ein dem Ausschlusse durch deren Bethätigung preisgegebenes, nur mit dem Unterschiede, dass jenes väterliche Recht im Gegensatze zum Rechte des durch Familienzusammenhang zur Erbfolge oder Vormundschaft Berufenen schon bei Lebzeiten des Sohnes besteht. Gleich dem kraft des Familienzusammenhanges den Agnaten und Gentilen zustehenden Rechte ist die kraft jenes Zusammenhanges ipso iure Platz greifende Erbfolge der sui durch die gesetzliche Gewährleistung der Testirfreiheit dem testamentarischen Ausschlusse preisgegeben, und es ist nicht anzunehmen, dass je der paterfamilias zwar die Agnaten und Gentilen, aber nicht die sui von seiner Erbschaft hätte ausschliessen können; standen ihm doch, solange er lebte, jene zur Seite als gleichberechtigte Genossen, während diese ihm gegenüber jedes eigenen Rechtes entbehrten, so dass es verständlicher wäre, wenn umgekehrt das Recht der Agnaten und Gentilen der Geltung seines Willens eine Schranke gezogen hätte, die im Verhältnisse zu den Seinigen nicht bestand.

Dass die Familienerbfolge durch ihren Entstehungsgrund vom Willen des Beerbten unabhängig ist, gilt bezüglich der sui nicht in demselben Masse wie bezüglich der Agnaten und Gentilen, da im Gegensatze zu diesen die sui dem Vater ihre Existenz verdanken. Aus diesem Grunde hat ihr Wille, solange der Vater lebt, keine Geltung neben dem seinigen. Aus demselben Grunde können sie der väterlichen Erbschaft sich nicht entschlagen. Aus dem gleichen Grunde sind sie aber auch für den Vater seine gegebenen Erben. Sie sind ihm als Erben nicht gegeben durch einen fremden dem seinigen überlegenen Willen. Aber sie sind Erben, die er sich selbst gegeben hat. Wäre der Zusammenhang des Erben mit dem Beerbten identisch

mit dem Zusammenhang zwischen Vater und Sohn, so könnte der Sohn vom Vater nicht enterbt werden, ohne dass er aufhörte sein Sohn zu sein. Der Zusammenhang des Verstorbenen und des seiner Persönlichkeit zu einer ihr sonst nicht zukommenden Bedeutung verhelfenden Erben ist ein anderer als der Zusammenhang des Sohnes mit dem Vater, von dessen Persönlichkeit die seinige abgeleitet ist. Dem Sohne steht es aber im Gegensatze zu Fremden nicht frei, dem Verstorbenen jenen Dienst zu versagen. Seiner Beerbung und damit der durch diese seiner Persönlichkeit nach seinem Tode zukommenden Bedeutung ist nur sicher, wer sui hinterlässt. Zwar gewährt auch das Eigenthum an Sclaven die Möglichkeit einer von fremdem Willen unabhängigen Beerbung, aber nur einer minderwerthigen durch eine dem Beerbten nicht ebenbürtige Persönlichkeit, deren Anordnung daher nur im Nothfalle stattfindet. Die Erbfolge der sui ist dagegen eine Beerbung durch diejenigen, deren Persönlichkeit der eigenen, der sie entstammt, am nächsten steht, und sie ist weder durch den Willen des Erben noch durch ausdrückliche Willenserklärung des Beerbten bedingt, in dessen Willen sie doch deshalb wurzelt, weil ihm der Erbe seine ganze Existenz verdankt. Was dem Römer am meisten am Herzen lag, war nicht seine Beerbung durch bestimmte Personen, sondern seine Beerbung als solche, da von ihr die ganze Geltung seines Willens über seinen Tod hinaus abhing. Wenn nun nicht nur meine sui mir am nächsten stehen, sondern auch die Einsetzung von extranei von weniger sicherem Erfolge war, weil er hier vom Willen des Eingesetzten abhing, so dürfen wir annehmen, dass lange Zeit hindurch Testamente, in welchen vorhandene sui nicht zu Erben ernannt worden wären, überhaupt nicht vorkamen. Dagegen war es von Anfang an nicht zu vermeiden, dass nach dem Testamente postumi geboren werden konnten, deren Berücksichtigung in jenem überhaupt nicht möglich war. Hier galt der von Cicero (de orat. 1, 57) zu den längst feststehenden Dingen gezählte Satz: agnascendo rumpi testamentum. Die agnatio postumi ist dadurch vollständig der Errichtung eines neuen Testamentes gleichgestellt, die ausser jener der einzige eine ruptio testamenti begründende Thatbestand ist. Diese Gleichstellung hängt damit zusammen, dass

auch die Existenz des suus heres auf den Willen des paterfamilias zurückgeht. Verdankt er diesem (unmittelbar oder als Enkel mittelbar) seine Existenz als Person und damit auch als Erbe seines paterfamilias, so ist in der That im Falle der agnatio postumi, wie im Falle eines neuen Testamentes, das frühere Testament durch eine spätere Willensbethätigung überholt.

Fragen wir, was bezüglich der zur Zeit des Testamentes existirenden sui die Bedeutung der neben der heredis institutio aufgekommenen exheredatio ist, so gestattet ihr Name einen gewissen Schluss auf ihre Nothwendigkeit, dagegen nicht auf deren Grund. Sie begegnet uns auch im Falle der Erbeinsetzung cum cretione. Durch die Vollziehung der vorgeschriebenen cretio war hier die Erbfolge nur bedingt, wenn beigefügt war: quodni ita creveris, exheres esto (Gai. 2, 166). Von einem durch die exheredatio zerstörten Rechte des exheredatus ist hier keine Rede und ebensowenig davon, dass er vermöge derselben nicht mehr Erbe wäre. Wenn aber die exheredatio nicht beigefügt wäre, könnte der Eingesetzte trotz der ihm auferlegten und von ihm nicht vollzogenen cretio die Erbschaft antreten. Die exheredatio ist hier nichts Anderes als eine bedingte Verneinung der Erbeinsetzung, die dadurch zu einer unter der entgegengesetzten Bedingung vollzogenen wird. Dagegen steht die exheredatio des suus in engem Zusammenhange mit der Einsetzung anderer Erben; die Erbfolge dieser wird dadurch als eine solche bezeichnet, die eintreten soll ohne Concurrenz der sui. Der Grund ihrer Nothwendigkeit liegt also darin, dass, wenn der Testator andere Erben ernennt, die Ausschliesslichkeit ihrer Erbfolge sich nicht von selbst versteht, sondern in Ermangelung gegentheiliger Erklärung ihre Erbfolge Platz greift neben der Erbfolge der sui als einer gleichfalls vom Testator gewollten. Dies ist das nach dem Berichte des Gaius im Falle der Uebergehung solcher sui, die nicht Söhne sind, Platz greifende Ergebniss. Wenn sie scriptis heredibus accrescunt, so erben sie neben diesen, wie wenn sie gleichfalls scripti heredes wären. Die Unterlassung ihrer Enterbung wird also gedeutet als stillschweigende Erbeinsetzung. Es handelt sich mithin um eine durch die Jurisprudenz aufgebrachte künstliche Auslegung des letzten Willens, die nicht

älter sein kann als die von der Jurisprudenz statuirte Möglichkeit stillschweigender Willenserklärung. Der Zweck aber, um dessen willen man hier eine solche annahm, war das Interesse möglichster Aufrechterhaltung des Testamentes. Die Annahme einer durch Unterlassung vollzogenen Willenserklärung ist nur denkbar unter Umständen, unter welchen eine Entscheidung nothwendig ist, so dass in Ermangelung einer ausdrücklich vollzogenen Entscheidung diejenige angenommen wird, die in Ermangelung besonderer eine andere Entscheidung herbeiführender Gründe sich von selbst versteht. Nur dann, wenn es feststand, dass der Testator, falls das Testament überhaupt zu Recht bestehen sollte, bezüglich der Erbfolge der sui eine Entscheidung treffen musste durch ihre Erbeinsetzung oder Enterbung, konnte die Frage entstehen, ob nicht, falls weder die eine noch die andere ausdrücklich vollzogen war, doch eine stillschweigende Vollziehung der einen oder anderen anzunehmen sei. War nun für den testirenden paterfamilias die Erbeinsetzung der sui die Regel, ihre Enterbung eine nicht ohne besonderen Grund Platz greifende Ausnahme, so war, sobald man sich entschloss, angesichts der Nothwendigkeit der einen oder anderen Entscheidung die Unterlassung ihrer Vollziehung als eine stillschweigende Willenserklärung zu deuten, der Inhalt dieser gegeben. Fragte man aber, in welchem Verhältnisse die nach dieser Annahme stillschweigend eingesetzten Erben zu den ausdrücklich ernannten stehen, so war der Fall derselbe, wie wenn ausdrücklich einer Reihe in ihrer Gesammtheit den Nachlass erschöpfender Erbeinsetzungen andere beigefügt waren ohne Bezeichnung des Verhältnisses, in welchem die einen und die anderen Erben mit einander concurriren sollten. Wie in diesem Falle, so wurde im Falle der mit eingesetzten extranei concurrirenden übergangenen sui der Nachlass halbirt, so dass die einen und die anderen je die Hälfte bekamen, also jeder Eingesetzte die Hälfte des Erbtheils erhielt, der ohne die Concurrenz der Uebergangenen ihm zugefallen wäre. Mit eingesetzten sui concurriren dagegen die übergangenen in partem virilem. Dies lässt sich in der doppelten Weise verstehen, dass jedem Uebergangenen oder nur ihrer Gesammtheit ebensoviel zukommt wie jedem Eingesetzten. Für die zweite Annahme lässt sich der Wortlaut des Gaius (2, 124) anführen, wonach

praeteritae istae personae scriptis heredibus in partem adcrescunt, si sui heredes sint, in virilem, si extranei in dimidiam. Der Sinn der zweiten Bestimmung ist, wie Gaius selbst hervorhebt, nicht etwa der, dass jeder suus halb so viel bekäme wie jeder extraneus, sondern der, dass die Gesammtheit der übergangenen sui und der eingesetzten extranei je zur Hälfte erbt. Also, hat man gesagt, ist auch im ersten Falle unter den praeteritae personae verstanden deren Gesammtheit, so dass die übergangenen sui zusammen ebensoviel erben wie jeder eingesetzte suus. Dieser Schluss ist aber keineswegs zwingend. Die praeteritae personae stehen in einem verschiedenen Verhältnisse zu den scripti heredes, je nachdem diese gleichfalls sui oder extranei sind. Im zweiten Falle werden sie gegenübergestellt der Gesammtheit der scripti heredes, im ersten den einzelnen scripti heredes. Was ist also natürlicher als dass der Gesammtheit der eingesetzten extranei die Gesammtheit der übergangenen sui, dagegen dem einzelnen eingesetzten suus der einzelne übergangene entgegengesetzt wird unter der für die eine und die andere Entgegensetzung gleichmässig zutreffenden Bezeichnung der praeteritae personae und der scripti heredes? Gaius unterlässt nicht, für den Fall einer mit eingesetzten sui concurrirenden übergangenen Tochter hervorzuheben, dass sie ea ratione idem consequitur, quod ab intestato patre mortuo habitura esset. Er meint also, wie auch Theophilus annimmt, mit ihrer Concurrenz pro parte virili nichts Anderes, als dass sie den eingesetzten Söhnen ebenso gleichsteht, wie sie im Falle der Intestaterbfolge ihnen gleichstehen würde. Er sagt dann, das von der Tochter Bemerkte gelte auch für den Enkel und andere sui, womit er für den Fall eingesetzter sui sagen will, dass auch der Enkel u. s. w. ebensoviel erbt, wie intestato patre mortuo. Die Bezeichnung der virilis portio ist danach freilich nicht genau; doch durfte Gaius als selbstverständlich voraussetzen, dass, wenn es um das gegenseitige Verhältniss von sui sich handelt, die durch ihren Vater zu ihnen gehörenden Enkel zusammen dessen Theil bekommen. Bestätigt wird die Beziehung der virilis portio auf den einzelnen Uebergangenen durch Marc Aurels Rescript, welches die bonorum possessio contra tabulas für feminae auf den nach ius civile ihnen zukommenden Erb-

theil beschränkt. Dasselbe bezog sich nach dem Zusammenhange bei Gaius 2, 125 f. lediglich auf ihre Concurrenz mit extranei, was darauf hinweist, dass im Falle ihrer Concurrenz mit sui der nach ius civile ihnen zukommende Erbtheil nicht kleiner war als der vermöge der prätorischen bonorum possessio contra tabulas ihnen zufallende. Aus der Aeusserung des Paulus III, 4 B, 8 ergibt sich für jene Frage zwar unmittelbar nichts, da er gleich Gaius nur von einer übergangenen Tochter spricht. Er führt aber aus, dass sie, wenn die eingesetzten Erben theils sui theils extranei sind, durch die verschiedene Art ihrer Concurrenz mit den Einen und den Anderen mehr bekommt als die eingesetzten sui. Ein Rechtssatz, der neben eingesetzten sui der Gesammtheit der übergangenen nur einen Kopftheil zuwiese, würde die mit jenem Ergebnisse unverträgliche Absicht des Rechtes bekunden, die übergangenen hinter den eingesetzten zurückzusetzen. Beruht die Concurrenz übergangener sui mit den eingesetzten Erben auf der Annahme ihrer durch die Unterlassung ihrer Enterbung vollzogenen stillschweigenden Erbeinsetzung, so lag nichts näher als zwar im Verhältnisse zu extranei ihre Einsetzung sine parte, neben eingesetzten sui dagegen ihre Einsetzung zu demselben Theile anzunehmen, zu dem sie ohne Testament mit ihnen concurriren würden.

Wenn die Annahme einer durch Unterlassung der Enterbung vollzogenen Erbeinsetzung die feststehende Nothwendigkeit der einen oder der anderen voraussetzt, so kann die ursprüngliche Folge der Uebergehung keine andere gewesen sein als die noch nach späterem Rechte mit der Uebergehung eines Sohnes verbundene Nichtigkeit des Testamentes. Diese oder die Unmöglichkeit eines sui weder zu Erben ernennenden noch enterbenden Testamentes kann, da ihre gesetzliche Anordnung weder bezeugt noch wahrscheinlich ist, ihren Grund nur darin gehabt haben, dass das erste thatsächliche Vorkommen solcher Testamente der bisherigen constanten und allgemeinen Uebung zuwiderlief. Diese Uebung hätte eine rechtsverbindliche kaum werden können, wenn vorher die Uebung bestanden hätte, sui durch blosse Uebergehung von der Erbschaft auszuschliessen. War die Erbfolge der sui älter als das Testament und war dieses vielleicht zuerst für den Fall nicht existirender sui auf-

gekommen, so war sein Object die Bestimmung der Erbfolge als einer nicht schon durch den Tod des Testators gegebenen. Die durch die zwölf Tafeln gewährleistete Testirfreiheit begründete die Macht beliebiger Vergebung der Erbschaft und damit zugleich die Macht, die an sich durch den Tod des paterfamilias eintretende mit jener Vergebung nicht verträgliche Erbfolge der sui auszuschliessen. Wenn die Familienangehörigkeit an sich Erbfolge begründet, ohne doch dem Willen des Testators eine Schranke zu ziehen, so ist für unser Bewusstsein der Ausschluss der kraft jener eintretenden Erbfolge enthalten in der Anordnung testamentarischer Erbfolge. Es entspricht aber dem schwerfälligen Denken eines Volkes von weniger entwickelter Cultur, sowie insbesondere eines Volkes von der Gewissenhaftigkeit und dem Formensinne der Römer, die mit der Anordnung einer bestimmten Art der Erbfolge verbundene Ausschliessung derjenigen Erbfolge, die ohne jene Anordnung Platz griffe, eigens zu vollziehen. Ebenso schliesst ja mein Wille, dass mein Sclave mich beerbe, unzweifelhaft den Willen in sich, dass er durch meinen Tod die Freiheit erlange, ohne deren Besitz er mich nicht beerben kann; trotzdem war aber seine Erbeinsetzung ungültig, wenn sie nicht verbunden war mit ausdrücklicher Verleihung der Freiheit. Bezüglich des Ausschlusses der sui von der Erbfolge kam dazu noch der besondere Grund, dass die Erbeinsetzung eines extraneus diesem nur die Fähigkeit verleiht, durch Antretung Erbe zu werden, während die Erbfolge der sui durch den Tod als solchen eintritt. Wäre hier die Erbfolge des suus nicht durch eigene Erklärung, sondern nur durch ihre Unverträglichkeit mit der Erbfolge des extraneus ausgeschlossen, so erschiene sie leicht als eine im Momente des Todes noch nicht ausgeschlossene, mithin in diesem Platz greifende und durch ihren einmal erfolgten Eintritt die mit ihr nicht verträgliche Erbfolge des extraneus ausschliessende.

Wir haben somit keinen Grund, die Nothwendigkeit der Erbeinsetzung oder Enterbung der sui für jünger zu halten als die Möglichkeit eines den Erbgrund ihrer Angehörigkeit zur familia des Verstorbenen ausser Kraft setzenden Testamentes. Ein solches ist nicht nur das sie enterbende, sondern auch das sie zu Erben ernennende Testament; denn vermöge

desselben sind sie Erben, die der Testator durch seine Willenserklärung sich gegeben hat, unter Aufhebung ihrer Eigenschaft als durch ihre Angehörigkeit gegebener. Wäre nicht die durch Statuirung eines anderen Erbgrundes gleichfalls vollzogene Aufhebung des ursprünglichen Erbgrundes der Angehörigkeit, sondern der Ausschluss von dem an sich durch diesen gewährten Erbtheile das Wesentliche der Enterbung, so müsste eine solche auch mit der Erbeinsetzung zu einem kleineren Theile sich verbinden, während in Wirklichkeit nie dieselbe Person zugleich zum Erben ernannt und enterbt wurde.

Wann der bezüglich der Rechtsfolge der Uebergehung zwischen dem Sohne und anderen sui bestehende Unterschied aufgekommen ist, wissen wir nicht. Jedenfalls stand er zu Ciceros Zeit längst fest (s. o. S. 286 f.). Er muss aber auch älter sein als die lex Voconia, die den Bürgern erster Classe jede Erbeinsetzung von mulieres untersagte. Unter der Herrschaft eines solchen Gesetzes hätte die Behandlung übergangener suae als stillschweigend eingesetzter nicht aufkommen können, während sie neben ihm als eine früher aufgekommene fortbestehen konnte; die durch jene Behandlung vollzogene Fiction der Erbeinsetzung konnte durch Gewohnheitsrecht unmöglich für solche Personen entstehen, deren wirkliche Erbeinsetzung unzulässig war; dagegen konnte sie fortbestehen, wenn diese erst später für unzulässig erklärt worden war. Beide Fälle standen auch in der Wirkung einander nicht gleich. Jede wirkliche wenngleich auf einen noch so kleinen Theil vollzogene Erbeinsetzung begründet die Möglichkeit, dass der Eingesetzte durch den Wegfall der neben ihm zu Erben Ernannten des Testators einziger Erbe wird; die Möglichkeit, dass in Folge des Testamentes die ganze Erbschaft an eine Frau fiele, konnte daher nur ausgeschlossen werden durch den Ausschluss der Ernennung weiblicher Erben. Dass dagegen übergangene suae mit den ernannten Erben concurriren, wie wenn sie selbst zu Erben ernannt wären, ist bedingt durch den wirklichen Eintritt testamentarischer Erbfolge[1]). Diese Anwachsung entstammt nicht einer Zeit der Reaction gegen die vom Zwölftafelgesetze gewährleistete Testirfreiheit, sondern

[1]) Anderer Meinung A. Schmidt, R. der Notherben S. 24 Anm. 65.

einer auf ihre möglichste Ausdehnung und Sicherung bedachten Zeit. Dass unterschieden wird zwischen dem Sohne und anderen Angehörigen, die dem paterfamilias theils durch Verschiedenheit des Geschlechts theils durch ihre nur mittelbare Abstammung von ihm weniger nahe stehen, finden wir ebenso bezüglich der Aufhebung ihrer Angehörigkeit durch dreimalige oder einmalige mancipatio. In dieser Beziehung wissen wir, dass das Gesetz die Aufhebung der väterlichen Gewalt durch dreimalige mancipatio verfügte und dass man seinen nur vom Sohne sprechenden Wortlaut benutzte, um für andere Angehörige die Möglichkeit ihrer Entlassung durch einmalige mancipatio anzunehmen. Mit der durch tendenziöse Auslegung des Gesetzes vollzogenen Erleichterung der Emancipation anderer Angehöriger hängt zusammen die durch tendenziöse Auslegung des Privatwillens vollzogene Ermöglichung eines sie übergehenden Testamentes. Dagegen ist der weitere zwischen dem Sohne und anderen Angehörigen bestehende Unterschied, dass die Enterbung des Sohnes nur als eine nominatim vollzogene zu Recht besteht, eine zu Gunsten des Sohnes vollzogene Steigerung des Enterbungserfordernisses, wie ausdrücklich Justinian bezeugt in l. 4 § 2 C. de lib. praet. 6, 28. Wäre schlechthin die Nennung seines Namens nothwendig, so könnte man annehmen, es handle sich um ein ursprüngliches Formerforderniss, das für Töchter und Enkel eine Abschwächung erfahren hätte. Jugendliche Völker hängen an der Form und verlangen auch dann, wenn sie um eines bestimmten Zweckes willen aufgekommen ist, ihre Beobachtung unabhängig davon, ob im concreten Falle jener Zweck sie fordert. Dass derselbe Satz: filii mei exheredes sunto, dessen Wortlaut für drei Söhne ebenso zutrifft wie für zwei, zwar eine gültige Enterbung dieser, aber nicht eine gültige Enterbung jener ist, kann nicht ursprüngliches Recht sein, sondern ist das Product einer fortgeschrittenen, das Mass des im concreten Falle erforderlichen Ausdruckes nach Gründen der Zweckmässigkeit bestimmenden Jurisprudenz. Durch ihren Zweck und die genaue Anpassung ihres Inhaltes an denselben erweist sich diese Forderung als eine aus bestimmtem Anlasse entstandene, und es ist möglich, dass der Fall jenes von Cicero erwähnten Soldaten den Anstoss zu ihrer Aufstellung gab. Der erste Fall ihrer gerichtlichen

Anwendung kann er nicht gewesen sein, da in ihm eine positive Enterbung überhaupt nicht vorgelegen hatte. Wohl aber kann er die Reflexion veranlasst haben, dass die Enterbung nicht nur eine vom Testator zu wahrende Form ist — gerade als solche existirte sie im vorliegenden Falle für sein Bewusstsein nicht wegen seiner Unkenntniss der Existenz des Sohns —, sondern ihre Nothwendigkeit auch dem Testator Sicherheit gewährte gegen die Gefahr des von ihm nicht gewollten Ausschlusses solcher Angehöriger von seiner Erbschaft, deren Existenz er nicht kannte. Da aber die Enterbung diese Sicherheit nur gewährt als eine nominatim vollzogene, so begründete ihre Auffassung als einer zugleich diesem Zwecke dienenden die Forderung ihrer namentlichen Vollziehung. Ihre Beschränkung auf Söhne erklärt sich daraus, dass im Verhältnisse zu den dem Verstorbenen weniger nahestehenden Töchtern und Enkeln jenes Interesse zurücktrat hinter das Interesse der Aufrechterhaltung des Testamentes, sowie auch daraus, dass man nicht einerseits eine ohne jede Erwähnung der betreffenden Person durch die blosse Unterlassung ihrer Enterbung vollzogene Erbeinsetzung statuiren und auf der anderen Seite eine durch ausdrückliche Erklärung, wenngleich ohne Bezeichnung der individuellen Person, vollzogene Enterbung als nicht geschehen behandeln konnte. Daraus ergibt sich aber auch, dass nicht etwa die ganze Nothwendigkeit der Erbeinsetzung oder Enterbung von der Möglichkeit ausging, der Testator könnte die von ihm übergangenen sui übersehen haben; denn sonst hätte allgemein die Nothwendigkeit einer jene Möglichkeit ausschliessenden Form der Enterbung bestehen müssen. Nachdem sie für Söhne sich eingebürgert hatte, dehnte der Prätor sie auch auf Enkel aus, dagegen nicht auf das seit der lex Voconia zurückgesetzte weibliche Geschlecht.

(1,50)

3.–

453

Sonderabdruck
aus der
Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte.
XVI. Band, Romanistische Abtheilung.

WEIMAR. H. HOF-BUCHDRUCKEREI.

EY LHR LEs
Die Stellung des romischen Erb
Stanford Law Library
3 6105 043 629 042

DEMCO
STAPLE-SET BINDER
Photomount